JOSEPHI CYRILLI

JURISCONSULTI,

ET

PRIMARII ANTECESSORIS NEAPOLITANI

OPERA OMNIA

TOMUS I.

NEAPOLI

SUMTIBUS, AC TYPIS VINCENTII URSINI:

MDCCLXXXI.

AMPLISSIMO VIRO

MARCHIONI

BALTHASARI CITO

SACRI CONSILII

ET

CAMERAE SANCTAE CLARAE

PRAESIDI

VINCENTIUS URSINUS

S.

OPera Josephi Cyrilli consummatissimi Jurisconsulti, cum edita, tum postuma, quae cuncta nunc in lucem prodeunt in unum corpus congesta, Vir Amplissime, Tibi inscribo; non enim id facio, ut vel operi, vel mihi Patronus existas; namque opus Patrono non indiget; nec ego a Te, qui es recti justi-

que

que exemplum, aliquid ſperare audeo ſupra Leges. Quid igitur? Paucis dicam. Quum tu Auctoris operum poſtumorum, quod lucem non viderent, maxime omnium dolens editionem expetebas; quumque Auctor Tui amiciſſimus, ſi eorum editionem ipſe paraſſet, utique Tibi inſcripſiſſet, deeſſem quidem officio boni editoris, niſi Auctoris genio indulgens, ea emitterem non Tibi dicata. Accipe, quaeſo, quod hiſce, aliiſque nominibus tuum eſt, quodque Tibi inſcribo in ſolam obſequentis animi ſignificatio nem. Vale.

LECTORI.

VINCENTIUS URSINUS:

S.

J*Oſephi Paſchalis Cyrilli in Regio Archigymnaſio primarii Anteceſſoris in Cathedra primum Codicis, & deinde Pandectarum Tractatus juris, quos tradidit ſuis Auditoribus, inter quos quotidie adſidebant non incelebres viri, ut ejus doctrina & eloquentia recrearentur, diu undique deſideratos nunc primum in lucem emitto emendatiores quantum poſſum; nam poſthabitis exemplaribus, quae per manus volitant, quaeque mihi fuerunt a pluri-mis enixe editionem poſtulantibus ultro oblata, uſus ſum ipſis authographis, quos magno pretio comparavi. Sed, ut editio acceptior eſſet, exiſtimavi iterum edere, & in unum corpus congerere alia Auctoris, opera jam edita, quae coeperunt quaſi ſub praelo rareſcere, adeo ut multis ab hinc annis nec ſummo pretio haberi potuiſſet vel unum eorum exemplar; maxime juris Canonici Inſtitutionum, atque Commentarii repetitae praelectionis in Libros Inſtitutionum juris Civilis, quos ad perdiſcendam Juriſprudentiam inter tot tantoſque Commentarios, quorum copia laboramus, ſeligendos ingenue fatetur Henricus Contelmannus in ſuis Adnotationibus ad Delineationem Hiſtoriae Juris Chriſtiani Thomaſii, ubi ſcribit.* Cyrilli Neapolitani Juriſconſulti Doctiſſimi Commentaria in Inſtitutiones illud potiſſimum commendat, quod uno, eodemque loco haberi poſſit, & antiquitatis notitia, & aliqua rerum practicabilium cognitio, & maſculae ſolidioriſque Juriſprudentiae ſcientia, methodo adeo

facili

facili perſpicuaque, ut nihil preſſius, aptiuſque deſiderari queat. *Habes amice Lector editionem omni ex parte perfectam omnium Cyrilli operum, quae commendare abſtineo; nam ejus Nomen ſatis ſuperque commendat. Vale.*

Opera eduntur ſequenti ordine.

De Jure Adcreſcendi.
De Vulgari, & pupillari ſubſtitutione.
De Legatis, & Fideicommiſſis.
De Conditionibus, & Demonſtrationibus.
De Pactis, & Tranſactionibus.
De Reſcindenda venditione.
De Donationibus.
De Jure Fiſci.
De Jure naturali.
Inſtitutiones Juris Civilis repetitae Praelectionis.
Inſtitutiones Juris Canonici.
Opuſcula varii argumenti cum latine, tum Italice ſcripta.
Poemata varia.

DE JURE ADCRESCENDI

COMMENTARIUS.

IN Florentino Indice, qui libros exhibet veterum Jurisconsultorum, ex quorum fragmentis Pandectae constant, nullus est Liber inscriptus *De jure adcrescendi* : & eos tamen in hoc multiplici atque obscuro argumento latius fortasse ac subtilius, quam in aliis bene multis versatos, sexcenti Digestorum loci commonstrant. In corpore juris Justinianaei vix duo sunt Tituli, quibus ea res agitur, alter Pandectarum *De usufructu adcrescendo*, alter Codicis *Quando non petentium partes petentibus adcrescunt* ; sed duobus istis Titulis vix duas totius argumenti particulas dedit nobis Tribonianus : alias, quae maxima ejus pars sunt, aliis Titulis subjecit. Est igitur mihi deliberatum constitutumque hoc anno quae sparsim, atque obscure in Libris juris scripta sunt de jure adscrescendi, ea colligere omnia atque explicare. Praeivere quidem mihi in hac re magni nominis Jurisconsulti Antonius Goveanus, Franciscus Duarenus, Edmundus Merillius, Melchior de Valentia, Thomas Papillonius, hisque nec par ingenio, nec suppar, non indiligens tamen scriptor Joannes Antonius Bellonus; sed non pauca sunt, quae istorum sive diligentiam, sive intelligentiam fugere.

C A P U T I.

JURIS ADCRESCENDI DEFINITIO.

JAcobus Cujacius, qui, ut olim Servius Sulpicius (a), optimis definitionibus Jurisprudentiam auxit, in *L. ideoque 2. D. de usufr. adcr. ex*

A *Lib.*

(a) *Quantus fuerit Servius Sulpicius in propria cujusque rei vi definienda, novissime demonstravit Everardus Otto in ejus vita* cap. IV.

Lib. V. quaest. Africani, jus adcrescendi definit in hunc modum: *Est jus adipiscendae, retinendaeve partis conjuncti, qui non concurrit, vel concurrere desiit*. Expendamus hanc definitionem. Aliud est conjuncti partem adipisci, aliud retinere. Si duobus una oratione res eadem legetur hac formula, *Titio & Gajo fundum Tusculanum do, lego*, videtur magis uni una, alteri altera pars fundi, quam solidus fundus singulis legari; proinde si unus conjunctorum non concurrat, alter non concurrentis partem adipiscitur. Contra si duobus non una oratione res eadem ita legetur, *Titio fundum Tusculanum do, lego: Gajo fundum Tusculanum do, lego*, plus quam manifestum est, singulis legari solidum fundum: quo fit, ut uno conjunctorum non concurrente, alter partem fundi retineat, quam ille concurrens auferret. Priore casu proprie juri adcrescendi, posteriore potius juri non decrescendi locum fieri vulgo est traditum ex auctoritate Imperatoris Justiniani *L. un. §. 11. C. de caduc. toll.*, ubi priore casu *adcrescere* partem inquit: posteriore rem *solidam apud ipsum, qui habet, remanere nullius concursu deminutam*. Ante Justinianum etiam id, quod non decrescebat, *adcrescere* dicebatur, *L. 1. §. interdum 3. D. de usufr. adcresc.*, *L. haec scriptura 26. §. 1.*, *& L. si separatim 30. de condit. & dem.* Porro quod in definitione dicitur, *qui non concurrit, vel desiit concurrere* eo pertinet, ut intelligamus, discrimen esse inter usumfructum, & proprietatem. Haec jure adcrescendi adquiritur, si conjunctus omnino non concurrat: ille, etiamsi desinat concurrere amisso usufructu, *cit. L. 1. §. 3.*: in cujus discriminis rationem inquiram suo loco. In Cujaciana definitione illud deest quod portio in proprietate portioni adcrescit, in usufructu personae, *L. si Titio 33. §. 1. de usufr. & quemad. quis utat. & L. interdum 10. de usufr. adcresc.*: unde vulgatis illa juris adcrescendi partitio in reale, & personale.

CAPUT II.

JURIS ADCRESCENDI ORIGINES.

NOn Lex XII. Tabularum, ubi nullum extat juris istius vestigium, sed jus illud civile, quod perlata ea Lege *a Prudentibus disputatione fori compositum* dicitur in *L. 2. §. 5. de orig. jur.*, primum introduxit jus adcrescendi. Hanc sententiam, quae jamdudum vicit in Scholis, eo confirmat Merillius *Obscuror. Lib. sing. cap. 1.*, quod scriptum est apud Ulpianum *Fragm. Tit. 1. §. 21.*, *Tit. 17. §. 2.*, *ac Tit. 18. pr.*, apud Cajum in *L. pater 29. §. 2. de leg. 2.*, & apud Justinianum in *cit. L. un. pr.* partem adcrescere *jure antiquo*, quo non aliud significare, quam jus ex ejus Legis interpretatione natum probant *L. 1. §. 16. de adq. poss.*, *L. ult. C. de her. inst.*, *ac tit. D. de div. reg. jur.*, quibus locis jus illud *veterum regula*, *antiqua regula*, *& antiquum jus* appellatur. Sed in hoc certe errat Merillius, quod uno eodemque sensu *antiquum jus* interpretetur, cujus acceptio multiplex. Do ego illi (ecquis est qui abnuat?) *in cit. L. 1. §. 16.*, *in cit. L. ult.*, *& in cit. tit. D.*, veterum regulam, anti-

antiquam regulam, & antiquum jus esse, quod Prudentes olim disputatione fori composuere; sed saepe ad jus aliquod novum refertur, cujus rei prostrant exempla apud Brissonium *De verb. sign. Lib.* 1. Non alia facienda est interpretatio *antiqui juris* apud Ulpianum, Celsum, & Justinianum. *Jus antiquum* est apud eos, quod obtinebat ante Legem Papiam Poppeam sub Augusto ad Populum latam, qua derogatum aliquid de jure adcrescendi, ut mox: ac disertissime Ulpianus, & Justinianus legi Papiae antiquum jus illud opponunt: Ego argumento hoc uno in eam rem utar. Ulpianus *Fragm. Tit.* 24. §. 12. Licinius Rufinus in *L. si ita quis* 74. *de her. inst.* partem ajunt adcrescere *jure civili*, quod, quum nulla certa Lex sit, quo possit referri, esse omnino debet jus illud, *quod communi nomine dicebatur jus civile*; Hoc autem illud erat, quod sine scripto in sola Prudentum interpretatione consistebat *cit. L.* 2. §. 5. & 12. Jure isto civili deficientium portiones coheredibus, collegatariisque adcrescebant, Num Lege sive XII. Tab., sive nova, an testamento heredes essent, nihil intererat. Docent id Paullus *Lib.* 4. *sent. tit.* 8. §. 26., Ulpianus in *L. si Titio* 61. §. 1. *de leg.2.*, & *L.* 1. §. 9. *ad Tertull.*, Marcianus in *L. si ex pluribus* 9. *de suis & legit.*, & Justinianus in *cit. L. un. pr.* & §. 1. Stetit per omnia jus istud usque ad annum V. DCCLXII., quo anno M. Papius Mutilus, & Q. Poppeus Secundus suffecti Cons. Augusti jussu tulere ad populum Legem, quae ab utroque Consule Legis Papiae Poppeae nomen accepit, *Dio Lib.* 56. *p.* 578. (a). Quod pertinet ad heredes legitimos, nihil mutatum ea Lege, nam portionum iis adcrescentium meminere proxime *cit. loc.* Paullus, Ulpianus, & Marcianus, quorum temporibus Papia Lex servabatur. Solis heredibus scriptis, & collegatariis ademit Lex Papia portiones deficientes, deditque aerario bellis civilibus & largitionibus exhausto, cui Antoninus Bassianus, seu Caracalla substituit fiscum, Ulp. *Fragm. tit.* 17. §. 2. (b). Eorum autem, quae testamento scripta deficiebant, tria facit genera Justinianus in *cit. L. un.* §. 2., primum eorum, quae *pro non scriptis* habentur: secundum eorum, quae *caduca*: tertium eorum, quae dicebantur *in causa caducorum*, seu *quasi caduca*. Non raro utuntur Jurisconsulti verbo *causa* pro *quasi*. Ita Ulpianus in *L.* 1. §. 2. *de tab. exhib.* pertinere ait codicillos *ad causam testamenti*, h. e. quasi testamenta esse: & Papinianus in *L.* 1. §. 10. *si is, qui test. lib.* habere legatarios inquit *pignoris causam*, i. e. quasi pignus. Inter legatarios, ac testatorem nulla est conventio, quae proprie pignus facit. Pignus a testatore vel Magistratu constitutum, de quo genere pignoris loquitur Papinianus, quasi pignus, seu in causa pignoris est. Heinec-

 cius

(a) *Haec eadem Lex dicta etiam Lex Julia, & Papia, quia Lex Julia, de maritandis ordinibus maximam partem in Legem Papiam influxit: qua de re diligentissime Heineccius* ad L. Jul. & P. p. Lib. 1. cap. 3.

(b) *Stabat adhuc aevo Ulpiani vetus discrimen inter aerarium, & fiscum. Sed stabat tamen verbo, non re. Vide a me scripta in* Comm. de jurisc.

eius *ad L. Jul. & Pap. Lib.* 3. *cap.* 4. *& ad Briſſon. de V. S. Lib.* 3. *cauſam pignoris* apud Papinianum interpetratur tacitum pignus, magno ſane errore. Taciti pignoris, quod legatarii habent, primus auctor Juſtinianus in *L.* 1. *C. comm. de legat.* Habentur pro non ſcriptis, quae in ipſo initio deficiunt, veluti relicta iis, qui tempore teſtamenti non ſunt in rebus humanis, aut alias capere non poſſunt, *Tit. D. de his, quae pro non ſcript.* : Erant caduca, quae mortuo teſtatore deficiebant, veluti ſi heredem legatariumve ante apertas tabulas mori contingeret, ſive quod iis caderet heres, legatariusve (*Ulp. Fragm. Tit.* 17. §. 1., *Iſid. orig. lib.* 5. *cap.* 25.), ſive quod ea ab herede legatariove caderent in fiſcum, quemadmodum *caduca glans* dicitur in *L. Silva* 30. §. 4. *de V. S.* Erant in cauſa caducorum, quae deficiebant poſt teſtamentum teſtatore adhuc vivo. Jam ad ea, quae pro non ſcriptis ſunt, Lex Papia non pertinebat *cit. L. un.* §. 3., proinde nihil eorum aerario inferebatur, atque hoc eſt quod Plinius ſcribit *Lib.* 2. *ep.* 16. in eis *delatori locum non fuiſſe* : in caducis autem & quaſi caducis coheredi, collegatariove aerarium, ac ſubinde fiſcum praeferebat, *cit. L. un. pr.* Servavit tamen ea Lex *jus antiquum*, h. e. jus adcreſcendi, liberis, & parentibus heredibus inſtitutis uſque ad tertium gradum. *Ulp. Tit.* 17. §.2., *& Tit.* 18. *pr.* Quandoque in recta etiam linea ad certum uſque gradum ſucceditur. Exempla congeſſit Antonius Scultingius in *Ulp. Tit.* 18. *pr.* Idem jus videtur itidem ſervaſſe extraneis, ſi liberos haberent : Id ex verbis Ulpiani *Fragm. Tit.* 25. §. 17.; itemque Juvenalis *Sat.* 9. *v.* 86. primus conjectando exculpſit Jac. Gothofredus in *L. un. C. Th. de infirm. poen. coelib.*: tum nova argumentorum acceſſione confirmavit Heineccius *ad L. Jul. & Pap. Lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 2. Habere autem liberos recte dici eum, qui vel unum filium, unamve filiam habet, non ambigitur, *L. non eſt* 148. *de V. S.* Ergo occaſione liberorum, aut parentum, aliorumve, qui liberos haberent, de jure adcreſcendi egiſſe credendum eſt veteres Juriſconſultos Papiae Legis interpretes, ac nominatim Paullum in *L. re conjuncti* 89. *de Leg.* 3., *& L. triplici* 142. *de V. S.*, quae duo loca deſcripta ſunt ex ejus Libro ſexto ad L. Juliam & Papiam. Tandem Juſtinianus in *cit. L. un.* caducis, & quaſi caducis ſublatis jus vetus reſtituit de jure adcreſcendi ; quo jure nunc utimur.

Permagni autem intereſt rationes noſſe, quibus moti Prudentes jus adcreſcendi introduxerunt. Multus eſt in hac re Bellonus *De jure adcreſc. cap.* 2. *quaeſt.* 2., *& cap.* 3. *quaeſt.* 1. *&* 2., ſed multum ei chartae perit non magno fructu. Ego hac cura paucis defungar, & fortaſſe huic rei aliquid per me novae lucis accedet. Jus adcreſcendi introduxit aut conjectura voluntatis ſeu teſtatoris, ſeu legis, aut neceſſitas juris. Ex conjectura voluntatis teſtatoris jus non decreſcendi eſſe docet Juſtinianus in *cit. L. un.* §. 11., his verbis, *Quia ſermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum adſignare videtur* : eſſe autem juris adcreſcendi ratio eadem debet, quae juris non decreſcendi, cujus naturam ipſo juris adcreſcendi vocabulo veteres explicarunt. Ac vel unus iſte Imperatoris Juſtiniani locus vehementer errare probat Valentiam *Tract.* 1. *de jur. adcr. cap.* 1. *n.* 9. audaciſſime ſcribentem, nihil eſſe momenti poſitum in voluntate teſtatoris ad indu-

cen-

cendum prohibendumve jus adcrescendi : Idque constare hoc argumento, quod in testamento militis nuda voluntas spectatur, nec tamen juri adcrescendi est locus; quasi non sit vero propius, etiam in militis testamento deficientem partem adcrescere ex conjectura voluntatis; qua de re inferius. Ex conjectura voluntatis Legis esse jus adcrescendi, si hereditas, bonorumve possessio ab intestato deferatur, ex eo patet, quod liberi, adgnati, cognati Lege, edictove per collectionem, ac veluti quaedam universitates vocantur: cui consequens est, eam videri Legis edictive voluntatem, ut omnes bona omnia habeant inter eos concursu dividenda, uti rectissime Duarenus *De jure adcrescendi lib. 1. Cap. 1.*, atque Hotomanus *Illustr. quaest.* 44. De jure, quod liberi, adgnati, aliive tanquam partes ejusdem universitatis habent in bona ejus, qui intestato decessit, vide a nobis scripta *Inst. repetitae praelectionis tom. 2. p. 1. & 2.* Demum ex necessitate juris esse jus adcrescendi, probat locus Licinii Rufini in *L. si ita 74. de her. inst.*, ubi, si quis institutus sit heres *excepto fundo* (qua formula non obscure vetat testator, ne fundus heredi adcrescat) perinde esse inquit *jure civili*, atque si *sine ea re*, h. e. non excepto fundo, heres institutus esset, quasi dicat fundum ei adcrescere necessitate juris. Duae autem sunt juris regulae, quae necessitatem istam inducunt; altera, quae non patitur, eundem in paganis testato, & intestato decedere, *L. jus nostrum 7. de reg. jur.*: altera, quae non patitur dividuum esse jus heredis hereditatisve, qui, quaeve unam individuamque refert personam defuncti, *L. haereditas 61. de adq. rer. dom.*, *L. heres 22. de usuf.*, & *L. novatio 24. de novat.* Ad priorem illam regulam refero Licinianum illud *jure civili*; estque mihi, ut eo referam, auctor Tribonianus, qui §. 6. *Instit. de her. inst.* scribit, si quis unum tantum ex semisse heredem scripserit (quae species proxime abest a Liciniana) totum assem in semisse futurum, *neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest*. Ad posteriorem refero illud Paulli in *L. si solus 80. de adquir. her.*, *Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum: nec interest, in quibusdam habeam substitutum, nec ne*. Dato autem substituto ne possim partem omittere facit posterior haec regula; namque omissa pertineret ad substitutum, qui testamento, non lege est heres. Ecce nunc tibi regulam, qua alteram ab altera istius juris ratione internoscas. Quibus casibus si nullum esset jus adcrescendi, aut mutaretur causa successionis, aut jus illud individuum heredis hereditatisve dividuum fieret, iis casibus jus adcrescendi necessitas juris induxit. Contra quibus casibus si nullum esset jus adcrescendi, nec mutaretur causa successionis, nec jus illud individuum heredis hereditatisve dividuum fieret, iis casibus induxit jus adcrescendi conjectura voluntatis seu testatoris seu legis. Exemplis res clarior fiet. In successionibus, quae ab intestato deferuntur, jus adcrescendi esse ex conjectura voluntatis Legis, jam dictum. In legatis & fideicommissis est ex conjectura voluntatis testatoris, nam si legatario, aut fideicommissario pars non adcresceret, eam heres retineret non mutata causa successionis. In hereditatibus, aliisque Praetoriis successionibus, quae deferuntur ex testamento, interdum conjectura voluntatis testatoris, interdum necessitas juris jus illud induxit; potest enim pars adcrescere aut se-

cun-

cundum voluntatem, aut contra voluntatem testatoris. Finge scriptum, *Titius & Gajus ex semisse heredes sunto: Maevius ex altero semisse heres esto.* Hoc casu pars Titii deficiens adcrescit Gajo, hujusque pars Titio adcrescit ex conjectura voluntatis testatoris, qui Titium & Gajum in semisse conjunxit: partes autem Titii & Gaji adcrescunt Maevio non ex judicio Testatoris, qui a Titio & Gajo Maevium omnino disjunxit, sed ex necessitate juris. Haec eadem necessitas juris facit, ut heredi scripto ex re certa, aut ex asse quidem scripto, sed excepta tamen certa hac illave re, quod reliquum est hereditatis, adcrescat.

Jam conjectura voluntatis seu testatoris, seu Legis non aliunde capitur, quam ex *sermone*, uti Justinianus loquitur in *tit. L. un.* §. 11., seu formula, qua Lex, aut testator plures conjungit. Legis formula est plurium per collectionem vocatio ad eandem rem: eaque est semper una eademque, testatoris formula est multiplex, qua duo, pluresve minus, magisve conjunguntur.

Reliqua est operis partitio. Commentarium divido in partes quinque. Prima diversas expendet conjunctionum species: secunda varios conjunctionum effectus: tertia modum, quo pars parti, personaeve adcrescit: quarta causas, in quibus juri adcrescendi est locus: quinta causas, in quibus cessat jus adcrescendi.

COMMENTARII

PARS PRIMA

DE DIVERSIS CONJUNCTIONUM SPECIEBUS.

PAullus in *L. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. duo facit conjunctorum genera, unum eorum, qui sunt *re conjuncti*, alterum eorum, qui sunt *verbis conjuncti, non etiam re*. Idem Paullus in *L. triplici* 142. *de V. S.* tertium addit genus eorum, qui sunt *re & verbis conjuncti*. Posteriore hoc loco de conjunctione heredum; priore illo de conjunctione legatariorum agi, producta iis locis exempla commonstrant. Sed aeque in legatariis atque in heredibus tres istas conjunctionum species locum habere exploratissimi juris est.

Antequam singulas conjunctionum species expendam, duo hic praemoneo. Unum est, *ex diversis testamentis jus conjunctionis non contingere*, uti Ulpianus loquitur in *L. si sub conditione* 16. *D. quib. mod. usufr.*, cui neque illud contrarium est, quod idem Ulpianus inquit in *L. plane* 31. §. 10. *de leg.* 1., si quis in pupillari testamento alii eandem rem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, nos in eandem rem concurrere, *neque alias quam concursu partes habere*: neque illud, quod optimi quique Interpretes Juris docent, re conjunctos esse eos, quorum uni testamen-

stamento, alteri codicillis res eadem legatur; nam patris & filii testamentum pro uno habetur, *L. patris* 20., & *L. coheredi* 41. §. *coheres* 6. *D. de vulg.*, & quemadmodum *secundae tabulae principalium tabularum partem obtinent, ita codicilli pars intelliguntur testamenti, L. sicut* 11. *D. testam. quemadm. aper.* Alterum est, duorum pluriumve conjunctionem intelligi non posse, nisi duo illi, pluresve ad rem prorsus eandem vocentur. Apposite Julianus in *L. hujusmodi* 84. §. 12. *de leg.* 1., *Quibus*, inquit, *ita legatum fuerit, Titio & Maevio singulos servos do lego, constat, eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur, Titio servum do lego, Maevio alterum servum do lego.* Sed a legatariis in hac re differunt heredes. Hi, quoniam hereditas successio est in jus universum, & licet in plures divisa una est, *L. hereditas* 62., & *L. quod contra* 141. §. 1. *de reg. jur.*, quocumque modo scribantur heredes, in unam eandemque rem concurrunt; quod pluribus explicat Duarenus *De jure adcrescend. Lib.* 1. *cap.* 4.

De re conjunctis ita Paullus in *cit. L.* 89., *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur.* Τὸ *separatim* ad diversas orationes refertur: quatum respectu re tantum conjunctos Ulpianus *non conjunctos* vocat in *L.* 1. §. *interdum* 3. *de usufr. adcr.*, & Justinianus *disjunctos* in *L. un.* §. 10. *C. de caduc. toll.*, sunt enim verbis disjuncti; quo pertinet τὸ *non etiam verbis* apud Paullum in *cit. L.* 89. Confirmat id Tribonianus §. 8. *Instit. de legat.*, ubi scribit, *Disjunctim* legari in hunc modum, *Titio hominem Stichum do lego: Sejo hominem Stichum do lego*. Ecce duas diversas orationes. Ita disjunctim relinquitur hereditas in hunc modum, *Titius heres esto: Sejus heres esto*; namque hae sunt itidem duae diversae orationes. Eos, qui sunt verbis, non etiam re conjuncti, designat Paullus in *cit. L.* 89. hoc exemplo, *Titio & Sejo fundum aequis partibus do lego*; cui simile exemplum in heredibus finge in hunc modum, *Titius & Sejus ex aequis partibus heredes sunto*. Et sunt quidem verbis conjuncti, quia una oratio est, non re, quia partes initio fiunt. De conjunctis re & verbis ita idem Paulus in *cit. L.* 142., *Nec dubium est, quin conjuncti sint* (subaudi, re & verbis) , *quos & nominum & rei complexus jungit*: veluti, *Titius & Maevius ex parte dimidia heredes sunto*: cui simile exemplum in legatariis finxit Tribonianus *cit.* §. 8. in hunc modum, *Titio & Sejo hominem Stichum do lego*. Complexus ille nominum orationem omnino unam ponit, nam jungi nomina nisi una oratione non possunt: complexus ille rei excludit partes. Atque hic novissimus Paulli locus conjunctorum omnis generis definitiones suggerit sane elegantes. Re conjuncti sunt, quos rei, non nominum: verbis conjuncti, quos nominum, non rei: re & verbis conjuncti, quos nominum & rei complexus jungit. Conjungi autem nomina variis modis posse ait Paullus *in cit. L.* 142., *veluti Titius & Maevius*: vel *Titius, Maeviusque*: vel *Titius cum Maevio*; tum quaerit, num, etiamsi hos articulos detrahas *&*, *quae*, *cum*, *interdum tamen conjunctos accipi oporteat, veluti, Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto: vel ita, Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto, Sempronius ex parte dimidia heres esto*; & quoniam *Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, inquit, in eun-*

dem

dem semissem duos coactos & conjunctim heredes scriptos esse. Ait interdum, non enim semper soluta oratio vim habet connexae, sed tum demum, quum ita postulat conjectura voluntatis, ut in proposito exemplo, *Gajus Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto: vel ita, P. Maevius, Lucius Titius heredes sunto: Sempronius ex parte dimidia heres esto*. Est hoc, licet duo videantur, exemplum unum, cujus prior pars duobus modis effertur, altero expressa parte sic, *L. Titius, P. Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, altero non expressa parte sic, *P. Maevius, L. Titius heredes sunto*: posterior est, *Sempronius ex parte dimidia heres esto*. Posterior haec pars facit, ut soluta illa oratio *L. Titius, P. Maevius* vim habeat connexae, quoniam enim dimidia uni Sempronio relicta est, hinc capitur conjectura, L. Titium, & P. Maevium conjunctos esse in alteram dimidiam, sive haec sit adscripta, sive non. Quod si non adjecto Sempronio esset ita scriptum, *L. Titius, P. Maevius heredes sunto*, aut ita, *L. Titius, P. Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, suam singuli dimidiam haberent. Sed nomina exprimi nihil est necesse. Satis est plures una oratione per collectionem vocari: eritque pro complexu nominum complexus personarum. Ita qui rem eandem *filiabus* legat, filias re & verbis conjungit, *L. qui quartam* 15. §. 1. *de leg.* 1.: nec dubito, quin, si *filiabus* leget ex aequis partibus, eas verbis conjungere intelligatur. De verbis conjunctis tacet Tribonianus *cit.* §. 8.; ubi rem eandem duobus legari ait *conjunctim*, vel *disjunctim*: tum hoc verbo re tantum conjunctos, illo re & verbis conjunctos intelligi, subjectis exemplis demonstrat: sed satis est eorum, qui sunt verbis conjuncti, meminisse Paullum *in cit. L.* 89., aliosque veteres Jurisconsultos. Saepe, ut rem totam cognoscas, plura Librorum juris loca sunt congerenda.

C A P U T I.

RE CONJUNCTI.

OMnibus conjunctionibus commune id esse dixi; ut duo pluresve in eandem rem concurrant. Potest autem res eadem in diversis orationibus varie explicari. Et explicatur quidem luculentissime proprio ipsius rei nomine repetito, ut in superius adscripta formula, *Titio hominem Stichum do lego: Sejo hominem Stichum do lego*. Interdum explicatur nomine communi, quod proprii vice sit, veluti, *Eundem*, aut *eum ipsum hominem do lego*. Sed & satis est expressis rei qualitatibus, aliove quovis indicio rem demonstrari. Testamento ita scriptum fingit Pomponius in *L. Titiae* 36. *de leg.* 1., *Titiae textores meos omnes lego: Plotiae vernas meos omnes lego;* tum ait, quum essent quidam & vernae, & textores, *eos esse ambobus communes*. Quid sit momenti positum in verbo *omnes*, mox videbimus. Idem est, si uni totum, alteri pars totius legetur. *Si alii fundum*, inquit Modestinus in *L. si alii* 19. *de usu & usufr.*, *alteri usumfructum ejusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur, nam detracto usufructu proprietatem* cum

eum legare oportet : quod nisi feceris , ususfructus inter eos communicabitur: quod interdum plus valet scriptura , quam peractum sit . Idem habet Ulpianus *in L. idem Neratius 3. §. 2. de usufr. adcr.* : Fundi vocabulo proprietas , & ususfructus significantur. Ergo cui legatus est fundus , ei ususfructus fundi legatus est : proinde is cum eo , cui legatus est ususfructus , in eandem rem concurrit . Ejus , quod contra scriptum est apud Ulpianum in *L. & puto 16. §. 1. fam. erc.*. *Si alii fundum , alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum*, illa vulgo redditur ratio, quod si ususfructus communicaretur , judex non aequas faceret partes , quas facere aequas pro suo officio debet , quum tamen liberum sit testatori pro arbitrio statuere de re sua : quae discriminis ratio facit , ut judex a proprietate verbi recessisse intelligatur , non item testator. Sed & illud huc accedit , quod pro fine , quem in familiae erciscundae judicio sibi partes proponunt , manifestum videatur , voluisse eos, inter quos res agitur , a communione discedere; manifestae autem sententiae proprietas verborum in testamentis etiam cedit , *L. non aliter 69. de leg. 3.* Haec , si certa res uni , ejusque certae rei ususfructus alteri legetur , exploratissimi juris sunt . Quid si certa res uni , alteri autem legetur ususfructus omnium bonorum , quibus ea certa res inest ? Ego non video, quid causae sit , cur satis multi negent communicari inter eos usumfructum ; quid enim interest , num res , cujus ususfructus relinquitur , nominatim exprimatur , nec ne , dum tamen constet de voluntate testatoris? Quod secundum proprietatem verborum generali sermone comprehenditur, pro expresso est . Ad rem facit , quod in simili specie respondit Scaevola in *L. Sempronio 33. de usu, & usufr. leg.* Domum testatoris uni ex heredibus praelegatam ponit, in eaque Sempronium vivo testatore habitasse : tum datum Sempronio legatum generali hac formula , *Sempronio ea , quae vivus praestabam, dari volo* . Quum autem fuisset quaesitum, an habitatio quoque Sempronio deberetur , respondit Scaevola , *nihil , cur non deberetur , proponi* . Ea igitur generali formulae inest, quasi nominatim expressa: quumque *domus*, quae mea est , aeque ac *fundus* plenum rei dominium significet , heres , cui praelegata est domus , & Sempronius , cui relicta ejus domus habitatio est, in eandem rem concurrunt . Quod autem scribit Paullus in *L. servis 99. §. 5. de leg. 3.* semper generi speciem derogare , id tum demum verum esse arbitrantur Bartolus , Baldus , aliique, quibus subscribit Bellonus *Cap. 5. quaest. 10. n. 59.* , si genus & species omnino eodem spectent , non si alio species , alio spectet genus . In proposito exemplo generi per speciem non derogatur, quia species dominium domus , genus habitationem spectat. At si fingas uni legatum usumfructum omnium bonorum , alteri usumfructum certi fundi , aut uni legatos vernas , alteri cursores , & ex vernis quidam cursores sint , quod Paullus fingit in *cit. L. 99. §. 5.* , quia genus & species priore casu aeque usumfructum , posteriore dominium aeque spectant , generi per speciem derogatur . Non moveor eo , quod ex *L. Titiae 36. de leg. 1.* hoc eodem capite scriptum est , si Titiae textores omnes , Plotiae omnes vernae legati sint , servos vernas itidem & textores ambobus esse communes , licet genus & species aeque dominium spectent; namque ponendum est apud Pau-

Paullum in *cit. L. 99. §. 5.*, vernas generaliter, cursores autem specialiter legatos, & ex vernarum numero exemptos. Ita Cujacius *ad cit. L. 36.*, qui tamen rem more suo attigisse contentus non satis explicat, quo argumento credendum sit, fuisse cursores in specie *L. 99.* specialiter legatos, non item textores in specie *L. 36.* Ego argumentum hoc non aliunde quam ex ipsa testatoris formula ducendum reor. In *L. 36.* legati formula haec est, *Titiae textores meos omnes lego: Plotiae vernas meos omnes lego.* Quum de textoribus loquitur testator, ait *omnes*: idemque hoc verbum repetit, quum loquitur de vernis. Verbum hoc facit, ut quum quidam sint vernae aeque ac textores, si textores omnes tanquam e numero vernarum exemptos uni Titiae des, non habeat Plotia vernas omnes; quod voluit testator: ac proinde quo testatoris voluntas exitum habeat, quem potest, servos textores itidem, & vernas ambobus communes esse necesse sit. At in *L. 99. §. 5.* ait Paullus, *Si alii vernae, alii cursores legati sint, si quidam & vernae, & cursores sint, cursoribus cedent; semper enim species generi derogat*: quae verba hanc fuisse legati formulam demonstrant, *Plotiae vernas, Titiae cursores lego*, non adjecto verbo *omnes*; in qua specie conjectura voluntatis ex eo verbo ducta omnino cessat, ac proinde e vernis tanquam genere cursores tanquam species eximuntur. Hoc uno modo adduci in concordiam possunt duo ista Pandectarum loca: nec alia patet via. Nunc facile intelligis, labi Cujacium, qui in specie *L. 36.* nihil momenti positum putat in verbo *omnes*. Nec eo moveor, quod docet Julianus in *L. si Domino 99. de leg. 1.*, si Titio servi optio legetur, Cajo autem Stichus, & Stichum Titius optet, ad eum, cui Stichus nominatim legatus est, *partem Stichi dimidiam pertinere*, quasi sit utrique legatus. Non, inquam, moveor; non enim de legato generis loquitur Julianus, sed de legato optionis, quod multo patet latius, quam legatum generis. Et vero is, cui genus legatum est servare modum debet, nec potest, quod optimum est eligere, *L. legato 37. de leg. 1.* Contra is, cui legata est optio, eligere quod optimum est, non prohibetur, *L. si quis 9. §. 1. de dol. mal.* Liberior haec eligendi potestas facit, ut videatur is, qui optionem legavit, nullum servum excipere voluisse, ne eum quidem, quem alii nominatim legavit. Subolnit id Duareno *De jure adcresc. Lib. 1. cap. 7.*

Hactenus dicta legatum spectant certae speciei, quae multiplicari, ut summa, non potest. Quid si eadem summa legetur duobus? Interest, num testator ita scripserit, *Titio lego decem, eadem decem lego Sejo;* an ita, *Titio lego decem, Sejo decem do lego*. In priore exemplo τὸ *eadem* facit, ut una summa ambobus relicta intelligatur: in posteriore duas duobus legari summas constans interpretum sententia est, quam probat *cit. cap. 7.* Duarenus argumento ejus, quod est apud Celsum in *L. quincenta 12. D. de probat.*, si tibi quincenta legata sunt testamento, & rursus quincenta codicillis postea scriptis, censeri testatorem duplicare legatum voluisse, nisi heres contrarium probet; quae enim est ratio summae bis adscriptae in gratiam unius, eadem esse ratio debet summae in gratiam plurium adscriptae. Ego argumento isto non utar, nam Celsus eo movetur uno, quod legatarius duas scripturas h. e. testamentum, & codicil-
los

los ostendit. Argumento utar, quod ducitur ex *L. si pluribus* 44. §. 1. *de leg.* 2., *Si ita legatum fuerit*, verba Pomponii sunt, *Lucius Titius heres meus Tithaso quinque aureos dare damnas esto: deinde alio loco ita, Publius Maevius heres Tithaso quinque aureos damnas esto dare, nisi Titius ostenderit, adimendi causa a Publio legatum esse relictum, quinos aureos ab utroque accipiet*. Quod autem de summa eodem testamento a pluribus heredibus bis uni legata dicitur, quid potest causae adferri cur non itidem dicatur de summa ab uno herede, aut generaliter a duobus legata.

Jam porro ad realem conjunctionem inducendam non est satis duos pluresve ad rem eandem vocari. Est & illud omnino necesse, ut ea singulis solida relinquatur, partes autem concursu fiant, *L. conjunctim* 80. *de leg.* 3.: quo illud fit, quod initio praemonui, altero non concurrente rem alteri magis non decrescere, quam adcrescere videri. Sed nosse juvat hoc loco jus vetus, cujus testes sunt Gajus *Inst. Lib.* 2. *tit.* 5. §. 5. Paullus *Sent. Lib.* 3. *tit.* 6. §. 3., & Ulpianus *Fragm. tit.* 24. §. 13.; supersunt enim adhuc incuria Triboniani ejus vestigia in Libris juris. Olim intererat, num per vindicationem, an per damnationem res eadem duobus *disjunctim* h. e. diversis orationibus legaretur. In legato vindicationis initio res singulis solida debebatur, partes tamen fiebant concursu, quo referendum quod Paullus habet *in cit.* §. 3. *Si per vindicationem legatum sit, legatariis dimidium deberi*, uno autem non concurrente solida remanebat penes alterum jure sive adcrescendi, uti veteres loquebantur, sive *non decrescendi*, uti tum dici coeptum ex auctoritate Justiniani in *L. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* In legato damnationis res *singulis in solidum debebatur*, uti loquitur Ulpianus *in cit.* §. 13., h. e., uti explicatius Gajus, uni *res ipsa*, alteri *aestimatio rei*: quumque ita non fierent concursu partes, nullus esse poterat in legato damnationis juri adcrescendi locus. Juris istius vestigia sunt in *L. non quocumque* 82. §. *qui Gajum* 5. *de leg.* 1., *& in L. duos* 13. §. 1. *de leg.* 2., ubi heres duobus dare separatim damnatus quod unus, aut duo ejusdem pecuniae rei debebant, uni praestare compellitur actiones, alteri litis aestimationem. Nomen legari non alias poterat quam per damnationem, non enim erat inter res testatoris proprias, aut proprias heredis, quarum hae per sinendi modum, illae aut per sinendi modum, aut per vindicationem, aut per praeceptionem legabantur, *Ulp. Fragm. Tit.* 24. §. 7. 8. 10. *&* 11. Ex veteri etiam jure explicandum reor locum Ulpiani in *L. quid ergo* 53. §. *si quis duos* 2. *de leg.* 1., ubi heredum dare *damnatorum* mentio est. Sed jure novo Imperatoris Justiniani una est legatorum omnium natura, & generaliter si res eadem duobus legetur disjunctim, initio singulis solida debetur, concursu tamen partes fiunt, nisi *testator apertissime & expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei singulis in solidum praestetur*, *cit. L. un.* §. 11. Idem jam antea scripserat Paullus in *L. si pluribus* 33. *de leg.* 1. hoc etiam addito, *rei, vel pretii electionem servandam ei, qui prior de legato litem contestatus est, ita tamen ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire*: in quem locum Gothofredus non excludit conjecturas *arg. L. licet* 74. *eod.*: quod & aliis ante & post eum placuit apud Bellonum *cit. cap.* 5. *quaest.* 12. *num.* 25., nec mihi omni-

no displicet, si adeo graves vehementesque sint, ut expressae scripturae pares possint videri; nam quod Accursius, & veteres fere omnes, atque e recentioribus Alciatus, & Duarenus docent apud eundem Bellonium *num.* 17., si duobus res eadem uno quidem testamento, sed a diversis heredibus legata sit, uni rem solidam, alteri aestimationem deberi, est id plane falsum, falsique eos convincit vel ipse Papiniani locus, quem laudant, quemque mox explicabimus *in L. quum singulis* 11. *de usufr. adcr.* Interdum videtur secundum figuram verborum solida res singulis data, & ex conjectura tamen voluntatis datae sunt partes. Finge rem eamdem a singulis heredibus legatam singulis hac formula, *Titius heres esto, ab eoque fundum Tusculanum Gajo lego: Sempronius heres esto, ab eoque eundem fundum lego Maevio*. Hoc casu Gajum & Maevium *separatos videri* scribit Papinianus in *cit. L. quum singulis* 11., *non minus quam si aequis portionibus* res eadem fuisset duobus legata; proinde inter *eos jus adcrescendi non esse*. Qui a singulis legavit, ad singulorum personas, & partes respexisse videtur, ac tot legatae rei partes initio fecisse, quot sunt personae, a quibus legavit. Fortasse in rem est Javoleni locus in *L. cui fundus* 56. *de cond. & dem.*, quem *Cap. III. prim. hujus part.* expendam. Secus est, si aut ab uno herede, aut generaliter ab omnibus res eadem pluribus legetur. Nunc intelligitis, quam falsi sint, qui istinc colligunt, ideo inter legatarios jus adcrescendi non esse, quia qui singulis rem eandem a singulis heredibus legat, videtur res diversas legare, h. e. uni rem, alteri aestimationem. Novissime sciendum est, aliam legatariorum, aliam esse rationem heredum. Si scriptum sit, *Titio lego fundum Tusculanum: eumdem fundum Gajo lego*, sunt re conjuncti Titius & Gajus, nam singulis solidum initio datur. At si Titius & Gajus diversis orationibus sine parte scribantur heredes hoc modo, *Titius heres esto, Gajus heres esto*, eos non esse re conjunctos recte docent Cujacius *in L. un. §. his ita C. de caduc. toll.*, Hotomanus *Quaest. illustr.* 44., & Goveanus *Animad. cap.* 6., *quia omnes aequaliter heredes sunt*, uti loquitur Ulpianus *in L. quotiens* 9. *§. heredes* 12. *de her. inst.*, h. e. ad partes, non ad solidum vocantur. Quod autem uno eorum deficiente alter solidum capit hereditatem, facit id non conjunctio, sed mera necessitas juris, ne idem in paganis testato, atque intestato decedat. Ergo quo duo heredes sint re conjuncti, omnino est opus partem adscribere, eosque ad eamdem partem vocari. In hoc exemplo, *Titius ex semisse heres esto: ex eodem semisse heres esto Gajus: Sempronius heres esto*, certe sunt re conjuncti Titius, & Gajus.

CA-

CAPUT II.

VERBIS CONJUNCTI.

VErbis conjunctos secundum ea, quae dicta sunt, una oratio facit. Ne ii sint etiam re conjuncti, facit rei, ad quam vocantur, partitio a testatore initio facta. Verbis conjunctos esse Titium & Sejum docet Paullus in *L. re conjuncti* 89. *de leg.* 3., si legetur hac formula, *Titio & Sejo fundum aequis partibus do lego*: tum rationem hanc subjicit, *quoniam semper partes habent*. Ait *semper*, h. e. non solum concursu, ut re conjuncti, sed initio. Τὸ *aequis* momentosum est, nam res ex disparibus partibus legari conjunctis nominibus, atque una oratione non potest. Si scriptum sit, *Titio fundi Tusculani partem tertiam, Sejo reliquam lego*, jam nullus est in hac formula nominum nexus. Si scriptum sit, *Titio & Sejo fundum Tusculanum lego, huic ex parte tertia, illi ex reliquo*, conjunguntur quidem initio nomina, sed continuo disjunguntur. Accedit, quod in utroque exemplo licet verbum *lego* semel expressum unius orationis indicium facere videatur, si tamen verbum illud subaudias (& est certe subaudiendum), non una oratio est. Hinc nusquam in jure conjunctorum verbis fit mentio, quin & aequarum partium fiat, *cit. L.* 89., *L. quum singulis* 11. *de usufr. adcr. & L. si ita* 66. *de her. inst. Vid. Govean. animadv. cap.* 6., *& Ant. Fabr. Conject. Lib.* 6. *cap.* 1. Momentosum quoque est τὸ *partibus*. Hoc loco *partis* appellatione res pro indiviso significatur ex sententia Q. Mucii apud Paullum in *L. recte* 25. §. 1. *de V. S.* Si aequae sint partes, sed tamen tales, ut demonstrari una queat sine altera, legatarii nullo modo conjuncti sunt; namque ad verbalem conjunctionem est opus, ut legatarii vocentur ad diversas partes ejusdem rei: at vero fundi pars pro diviso non est pars fundi, sed fundus, *L. si quis* 6. §. 1. *comm. praed.*, *ac cit. L.* 25.

CAPUT III.

RE ET VERBIS CONJUNCTI.

QUi probe novit simplicia, is facile intelliget mixta: Ergo ex iis quae de conjunctis re sola, ac de verbis tantum conjunctis sunt dicta, facile intelligitis, esse re & verbis conjunctos, quibus res eadem relinquitur una oratione. Sed est aliquid in simplicibus illis conjunctionibus, quod non est in mixta. Si duo pluresve re conjunguntur, non solum res eadem omnibus relinquitur, sed & singulis solida, quae tamen concursu dividitur in partes: si duo pluresve verbis conjunguntur, res eadem relinquitur, sed expressis tamen initio partibus. At si duo pluresve re & verbis

verbis conjunguntur, licet res eadem una oratione omnibus relinquatur; tamen neque expressis initio partibus relinquitur, nec singulis solida. Scio, plerosque veterum, atque e recentioribus Cujacium, Hotomanum, & Fabrum in ea esse opinione re & verbis conjunctis initio solidum, ut re tantum conjunctis relinqui: scio etiam non levis operae esse loca juris, quibus opinionem illi suam confirmant (ea congessit omnia Bellonus *cit. cap. 5. quaest. 32. a num. 9.*), aliorsum accipere; sed multo est major vis argumentorum, quibus alii, & nominatim Alciatus, Zasius, ac Duarenus contrariam sententiam tuentur. Et primum Ulpianus in *L. plane 34. §. 9. de leg. 1.*. *Si conjunctim*, inquit, *res legetur*, *constat partes ab initio fieri*: iis autem legari *conjunctim*, qui re & verbis conjunguntur, docet Tribonianus *§. si eadem 8. Inst. de leg.*, ubi rei *conjunctim* legatae exemplum hoc proponit, *Titio & Sejo hominem Stichum do lego*: quin ipse Ulpianus docet subjecto hoc exemplo, *Titio et servo proprio*. Porro Justinianus, & ecce tibi argumenta duo, a quibus nullum effugium est, in *L. un. §. 11. C. de caduc. toll.* de re & verbis conjunctis, ac de re tantum conjunctis agens duas inter duo ista conjunctorum genera differentias adsert: alteram, quod conjunctis re & verbis pars deficiens *accedit*, re autem conjunctis *sermo testatoris solidum adsignat aliorum concursu minuendum*: alteram, quod re & verbis conjuncto non concurrentis pars *cum onere adcrescit*: re autem conjunctus personae deficientis *onus non sentit*, utpote *qui non alienum*, *sed suum tantum legatum imminutum habet*, quae, si ponas, conjunctis re & verbis initio solidum, ut re conjunctis, relinqui, quis est qui intelligat? His, velut cumulus, accedat ratio ex eo ipso testatoris *sermone* petita, ex quo argumentum solidi re conjunctis initio relicti ducit Justinianus. Qui separata oratione uni Titio legat fundum Tusculanum, tum altera separata oratione eundem fundum uni itidem Gajo legat, is singulas legatariorum personas respectu totius respicit. Contra qui Titii & Gaii nomina una oratione conjungens rem eandem legat utrique, magis videtur partes facere pro numero personarum, quam personas singulas respicere respectu totius. Hanc esse vim complexus nominum probat locus Pomponii in *L. si mihi 110. pr. de verb. oblig.*, *Si mihi*, & *Titio*, *in cujus potestate non sim*, *stipuler decem*, *non tota decem*, *sed sola quinque mihi debebuntur*; *pars enim aliena deducitur*, *ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum*, *non augeat meam partem*: & luculentius Papiniani locus in *L. reos 11. §. 1. de duob. reis*, *Quum tabulis esset comprehensum*, *illum & illum centum aureos stipulatos*, *neque adjectum*, *ita ut duo rei stipulandi essent*, *virilem partem singuli stipulari videbantur*. Ita re & verbis conjuncti ad verbis conjunctos propius accedunt, neque alio differunt inter se, quam hoc uno, quod hi expressim, illi tacito testatoris judicio partes habent.

In hoc etiam genere conjunctionis a re certa separanda est summa, aut si quid est aliud, quod numero, pondere, mensurave constet. Ergo si ponas ita scriptum, *Titio & Gajo lego decem*, Titius & Gajus nullo modo conjuncti sunt, quasi unus ad quinque, alter sit ad alia quinque vocatus. Ita Duarenus *cit. Lib. 1. cap. 7.* atque Hotomanus *Amicab-*

micab. resp. lib. 1. *cap.* 4., quibuscum sentio *argumento L. cui fundus* 56. *de cond. & dem.*, ubi re eadem duobus legata sub conditione dandi decem, scribit Javolenus, *Quamvis summa universae conditioni sit adscripta, videri tamen eam enumeratione personarum in singulas personas esse divisam, ac proinde singulos cum sua parte & conditioni parere, & legatum capere posse*. Non eo moveor; quod hoc ipso Capite dictum est, certae etiam rei pluribus una oratione relictae partes pro numero personarum tacite fieri, & eos tamen conjunctos esse tamquam ad eandem rem vocatos; namque alia certae rei, alia est ratio summae. Facit locus Ulpiani in *L. Quam Stichus* 29. *de solut.*, *In numis, oleo, ac frumento, & similibus, quae communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio*. Communem *speciem* dicit Ulpianus, quod alii *genus*. Nec moveor Paulli verbis, quae plerosque veterum in contrariam sententiam duxerunt, *in L. qui quartam* 15. §. 1. *de leg.* 1.; *Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debetur*, quum enim plures non expressis nominibus, sed per collectionem vocantur ad unam summam, videtur haec tota universitati cuidam relicta, ac proinde non in singulas personas divisa, maxime quum per collectionem vocati perinde habeantur, *quasi omnes unus essent*, uti loquitur Celsus in *L. si nepotes* 5. *D. de collat. bon.* Est aliquid adnectendum de heredibus. Si duo pluresve sint una oratione scripti sine parte, nec alius sit alia oratione cum parte scriptus, ut in hoc exemplo, *Titius & Gajus*, aut, *Titius, Gajus, & Sempronius heredes sunto*, constat eos non esse conjunctos secundum ea quae de heredibus in diversis orationibus sine parte scriptis *Capit. praeced.* sunt dicta. At si duobus pluribusve una oratione sine parte scriptis adjiciatur alius alia oratione scriptus, duos illos pluresve conjunctos esse ne ambigas, modo conjunctionem istam eo referas, ut Titium, & Gajum, aut, Titium, Gajum, & Sempronium in unum eundemque semissem coactos dicas, *L. liber homo* 59. §. *Titius* 2. *D. de her. inst.* Num istius conjunctionis effectus sit itidem jus adcrescendi, venit in quaestionem, de qua inferius.

COM-

COMMENTARII

PARS SECUNDA

DE VARIIS CONJUNCTIONUM EFFECTIBUS.

EFfectus conjunctionum sunt numero tres, rei partitio inter concurrentes, partis deficientis adcretio, & praelatio conjunctorum.

CAPUT I.

REI PARTITIO INTER CONCURRENTES.

SUnt qui in partibus faciendis non eodem jure censeri putant omnis generis conjunctos: atque hos sequitur Bellonus *De jure adcr. cap. 5. quaest.* 34. Ego nullo discrimine conjunctis dari ajo partes viriles. *In legato pluribus relicto*, inquit Ulpianus *in L. legata* 19. §. 2. *de leg.* 1., *si partes adjectae non sunt, aequae servantur*. Pertinet certe hic locus ad re conjunctos pariter, atque ad conjunctos re & verbis; namque his aeque ut illis res relinquitur partibus non adjectis: verbis autem conjunctis partes semper aequas initio dari jam est superius demonstratum.

Sed non semper tot sunt partes, quot sunt personae. Exemplum est apud Celsum in *cit. L.* 59. §. 2. *de her. inst. Titius heres esto: Sejus & Maevius heredes sunto. Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur*. Similia exempla sunt in *L. Attius* 11. *D. eod. & L. triplici* 142. *de V. S.* In producto exemplo est Titius re tantum conjunctus Sejo & Maevio, suntque hi itidem Titio in eundem modum conjuncti: Sejus autem & Maevius re & verbis sunt conjuncti inter se: si omnes concurrerint, tres pro numero personarum partes fient, sed semisses duo, quorum alter uni Titio, alter Sejo & Maevio datur inter eos ex aequo dividendus, quia Sejus & Maevius a Titio verbis disjuncti ac re & verbis conjuncti inter se vice sunt unius personae. Ita Ulpianus in *L. plane* 34. *pr. de leg.* 1. *Si conjuncti* (subaudi re & verbis) *disjunctive* (subaudi verbis, non etiam re) *commixti sint*, commixtio haec facit ut *τὸ disjunctive* accipiendum sit quasi scriptum *disjunctique*) *conjuncti unius personae potestate funguntur*. Idemque jus est, si plures per collectionem vocati cum conjunctis ejusdem generis concurrant. Docet id Paullus in *L. si quis Attio* 7. *de usufr. adcr.*, *Si quis Attio, & heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt*. Ceterum vocatus nominatim, & vocati per collectionem aequas partes ferent, si aut id testator expresserit, aut ita testatorem voluisse gravis aliqua suadeat conjectura. Expressit id testator apud Ulpianum in *L. in-*

L. interdum 13. pr. de her. inst., *Interdum haec adjectio*, AEQUE HEREDES SUNTO, *testatoris voluntatem exprimit*, *ut puta*, *Primus & fratris mei filii aeque heredes sunto*, *nam haec adjectio declarat*, *omnes ex virilibus partibus institutos*, *ut & Labeo scripsit* : *qua detracta semissem fratris filii*, *semissem Primus haberet*. Suasit id conjectura voluntatis apud Scaevolam in *L. Lucius Titius 88. §. Lucius 6. de leg. 2.*, *Lucius Titius testamento ita cavit. Praediolum meum dari volo libertis libertabusque meis*, *& quos hoc testamento manumisi*, *& Sejae alumnae meae*, *ita ne de nomine familiae meae exeat*, *donec ad unum proprietas perveniat*. *Quaero*, *an Seja in communione cum libertis habeat portionem*, *an vero sibi partem dimidiam ejus praedioli vindicare possit : Respondi*, *perspicuam esse testantis voluntatem omnes ad viriles partes vocantis*. Negat Scaevola deberi dimidiam Sejae : negat dimidiam alteram deberi libertis libertabusque, qui, quaeque dimidiam ferre deberent, tanquam unius personae potestate fungentes. Viriles Sejae, ac singulis libertis libertabusque ait Scaevola deberi ; hancque perspicuam esse voluntatem testatoris. At quum in verbis nihil perspicuum sit, quae erit perspicuae istius voluntatis conjectura? Diu multumque in hoc laborarunt Interpretes, ut conjecturam aliquam perspicuae istius voluntatis adferrent. *Vid. Bell. cit. cap. 5. quaest. 35. a num. 11.* Duas tantum (longum est enim omnes) profero in medium, alteram, quae plerisque veterum, atque e recentioribus Cujacio placuit, alteram, quae placuit Duareno. Cujacius in *cit. L. 88. §. 6.* scribit, perspicuum esse, testatorem, qui legato praeceptum subjecit, *ne de nomine familiae suae exiret*, *donec ad unum proprietas perveniret*, *non tam personarum*, quibus legabat, quam familiae suae rationem habuisse, quasi familiae praediolum simpliciter praelegasset: quo casu viriles partes fierent *L. quum pater 77 §. hereditatem 4. D. eod.* Verum si ex libertis, libertabusque familia testatoris constabat, & Seja erat inter libertas, quid erat opus eam nominare? quod testator eam nominavit, id eo factum posset videri, ut ea tamquam dilectior sola dimidiam ferret. Multo igitur minus perspicua est Cujacii conjectura, quam potuit ea esse, quae Scaevolam movit. Duarenus *De jure adcresc. lib. 2. cap. 9.* scribit, testatorem nullos habuisse libertos nisi testamento manumissos, excepta Seja alumna, quae liberta quidem erat testatoris, sed non testamento manumissa: quum autem omnibus libertis suis legare praediolum vellet, ac vereretur, ne quis forte dubitaret, de quibus libertis sensisset, non fuisse contentum simpliciter libertis legare, sed majoris expressionis ac declarationis causa adjecisse haec verba, *Et quos hoc testamento manumisi*, *& Sejae alumnae meae*, quae tanti valent, quanti haec, *Tam libertis*, *quos hoc testamento manumisi*, *quam Sejae alumnae meae*, *quae ante testamentum manumissa est* : vimque hanc habere geminum illud *&*, quod est in libro Florentino, ac per errorem abest a vulgatis, in quibus legitur, *Libertis*, *libertabusque meis*, *quos hoc testamento manumisi*, *& Sejae*. Et mihi quidem videtur Duarenus rem acu, ut ajunt, tetigisse. Sed poterat is suam de Scaevolae loco sententiam aliquanto luculentius exponere in hunc modum. Si testator legatum comprehendisset his tantum verbis, *Praediolum meum dari volo libertis libertabusque meis*, quotidem Seja tanquam liberta communi libertorum nomine comprehendebatur,

tur, non fuisset dubitandum, quin perspicua fuisset testantis voluntas Sejam cum aliis ad virilem partem vocantis. Sed his tantum verbis, *Praediolum meum dari volo libertis, libertabusque meis* comprehendebatur legatum: verba *&* *quos* &c. fuere a testatore adjecta ex abundanti, ut in simili specie ajebat Papinianus apud Ulpianum in *L. quaesitum* 12. §. *pen. de instruct. vel instrum. leg.*, quo nulla se se daret occasio dubitandi, num etiam Sejae legatum datum intelligeretur. Et de hoc dubitare aliquis potuisset eo argumento, quod quum testator testamento nominasset solos servos, servasque, quibus libertatem dabat, non item Sejam ante testamentum manumissam, videri poterat voluisse iis tantum liberis, libertabusque legatum dare, quos nominaverat testamento. Illud addo, geminationem particulae *&* vim habere res inter se diversas aequandi, ut in Virgilii *Æneid. Lib.* 1. *v.* 3. *Multum ille & terris jactatus, & alto*. Ergo geminum illud & apud Scaevolam cum libertis libertabusque testamento nominatis Sejam coaequat.

Sunt & aliae ejusdem voluntatis conjecturae apud Bellonum *cit. Cap.* 5. *quaest.* 35., quarum unam certo jure comprehensam Justiniani verbis propono in *L. ult. C. de imp. & aliis subst.*, *Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos una cum alio tertio substituerit, & verba testamenti ita composuerit: quisquis mihi heres erit, & Titius filio meo heres esto: secundum quod apud Ulpianum invenimus, mortuo impubere filio, quaerebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: utrumne duo priores, & qui patri heredes fuerant scripti in dimidiam vocentur, tertius in reliquam dimidiam: an tres substituti, unusquisque ex triente, ad substitutionem vocentur. Nobis autem videtur tres substitutos, unumquemque in trientem vocari.* Conjecturam suggerit Τὸ *quisquis*, quod vim habet partitionis, & perinde accipitur, ac si nomina heredum essent expressa, uti eleganter Duarenus *loc. cit.*

CAPUT II.

PARTIS DEFICIENTIS ADCRETIO.

POtissimus conjunctionum effectus est jus adcrescendi quod proinde *jus conjunctionis* Ulpiano dicitur in *L. si sub conditione* 19. *D. quib. mod. usufr. amit.* Sed non semper est verum conjunctionis effectum esse jus adcrescendi. Et inter legatarios quidem aut re tantum, aut re & verbis conjunctos esse jus adcrescendi, nulla dubitatio est. Quantum ad heredes, si diversis orationibus scripti sunt sine parte, eos nullo modo conjunctos esse dixi *Part.* 1. *cap.* 1.: tum dixi *Cap.* 3., si una oratione scripti sunt sine parte, adjecto eis alio alia oratione scripto, haberi quidem eos pro conjunctis tanquam in unam partem coactos, sed venire in quaestionem, num conjunctionis istius effectus sit jus adcrescendi. Atque hoc illud est, de quo disputandum aggredior. Magni nominis Interpretes ajunt: magni nominis Interpretes negant. Variat Cujacius in *L. triplici* 142. *de V. S.*, *& in L. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* Ait hic, illic negat. Ego cum

cum iis sentio, qui inter heredes sine parte scriptos una oratione nullum adgnoscunt jus adcrescendi. Verum me non ea movent omnia, quae alios. Unice me movet auctoritas Ulpiani in *L. item quod Sabinus* 17. §. 1. *de her. inst.*, *Idem* (subaudi, *Sabinus*, cujus sententiam principio proposuerat Ulpianus) *Idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit; utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat; Et variat. Sed Servius omnibus adcrescere ait, quam sententiam veriorem puto, nam quantum ad jus adcrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur: quod & Celsus libro sextodecimo Digestorum probat*. Duos sine parte scriptos non esse, quantum ad jus adcrescendi, conjunctos ait Ulpianus. Non omnino negat esse conjunctos, nam qui in unam partem coguntur pro conjunctis sunt. Eos, quantum ad jus adcrescendi, conjunctos esse negat. Quid clarius? Duo sunt loci, qui opponuntur, alter Paulli, alter Javoleni. Ait Paullus in *cit. L.* 142. *Nec dubium est, quin conjuncti sint, quos & nominum & rei complexus jungit, veluti Titius & Maevius ex parte dimidia heredes sunto, vel ita, Titius Maeviusque heredes sunto*: quibus adde, quod quibusdam aliis interjectis idem Paullus subjicit, *Sempronius ex parte dimidia heres esto*. Vides, aeque conjunctos esse ex parte, ac sine parte scriptos. Ait Javolenus in *L. heredes* 63. *de her. inst.*, *Heredes sine partibus, utrum conjunctim, an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decesserit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet, si autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet*. Ecce de heredibus loquitur, qui sine partibus scripti sunt; & partem ait deficientis tantum conjuncto, qui concurrit, adcrescere, non ad alios pertinere, qui non sunt conjuncti. Quod facit ad locum Paulli, duo sunt observanda, quorum alterum est, eum neque in suprascriptis verbis, neque in iis, quae sequuntur, loqui de jure adcrescendi: alterum est, quod ait in iis, quae sequuntur, Titium & Maevium in *partem dimidiam venire*, h. e., in unam eandemque partem cogi; quo fit, ut eadem esse debeat Paulli sententia, quae Ulpiani in *cit. L.* 17. §. 1. *de her. inst.* Sunt quidem cum in suprascriptis Paulli verbis, tum in iis, quae sequuntur, exempla heredum ex parte scriptorum, inter quos certe est jus adcrescendi, sed quoniam sunt itidem exempla heredum scriptorum sine parte, quibus jus idem non competit, videtur mihi Paullus consulto abstinuisse mentione ejus juris id tantum dixisse contentus, Titium & Maevium *in partem dimidiam venire*: quod cum ex parte, tum sine parte scriptis commune est. Hoc unum inter effectum coactionis duorum in eandem partem, atque effectum juris adcrescendi discrimen adgnosco, quod hic non alias sequitur, quam certa parte expressa, ille etiamsi nulla pars exprimatur, dum tamen argumento ducto ex parte tertio adscripta habeatur pro expressa, veluti, *Titius & Maevius heredes sunto: Sempronius ex parte dimidia heres esto*. Locum autem Javoleni non obstare, subtiliter & vere animadvertit Goveanus *Animadv. cap.* 6., namque aliud est scribi heredes *sine partibus* aliud sine *parte*. Scribuntur sine partibus, qui scribuntur ex parte non in alias particulas ex aequo divisa, veluti *Titius & Maevius ex parte dimidia*

heredes sunto: in quo exemplo sunt *Titius & Maevius* ex parte, sed sine partibus scripti. Contra in hoc exemplo, *Titius*, & *Maevius* ex parte dimidia aequis partibus heredes *sunto*, non solum ex parte, sed & ex partibus initio factis scripti sunt.

Nunc videamus, num inter verbis tantum conjunctos juri adcrescendi sit locus. Veterum nonnullos separasse usumfructum a proprietate, atque in hac quidem admisisse jus adcrescendi, non item in illo, testis est Accursius in *L.* 1. *pr. de usufr. adcr.*, quam sententiam sequuti sunt e recentioribus Duarenus *De jure adcr. lib.* 1. *cap.* 10., & Papillonius *Lib. sing. de jure adcr. in Thes. Otton. tom.* 4. *pag.* 772., tum Accursius inter verbis conjunctos nullo discrimine admisit jus adcrescendi: in qua opinione sunt e recentioribus Donellus *Comm. lib.* 7. *cap.* 13. *& lib.* 8. *cap.* 21., ac Vinnius *in* §. 8. *Inst. de legat.*. Demum alii nullum omnino jus adcrescendi adgnoscunt inter verbis conjunctos: suntque hujus sententiae principes Goveanus *De jure adcr. num.* 12. *&* 25. *& Lib. animadv. cap.* 6. Hotomanus *Lib.* 6. *obs. cap.* 12., Cujacius *in L. un.* §. 11. *C. de cad. toll.*, *Lib.* 24. *obs. cap.* 34. & alibi, & Faber *lib.* 6. *conject. cap.* 1. Difficile est sententiam eligere, in qua tuto consistas. Mihi de hac re diu sollicito prima vero propior est visa. Et inter eos quidem, quibus aequis partibus legatur usufructus, esse negat jus adcrescendi Papinianus *in L. quum singulis* 11. *de usufr. adcr.*, ubi quum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarios ait separatos videri *non minus*, *quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset*, eoque fieri, *ut inter eos jus adcrescendi non sit*. Si nullum esse discrimen putes inter usumfructum, & proprietatem, quid causae fuisse dixeris, cur Papinianus usumfructum aequis portionibus legatum fingat? cur inter fructuarios esse neget jus adcrescendi, ne inter eos quidem futurum, quibus aequis partibus proprietas legatur? & cur non potius legatum ponat fundum, quo vocabulo ususfructus aeque ac proprietas continetur? Consulto autem loquitur Papinianus tantum de usufructu, cujus proprium est adhaerere personae, atque hac deficiente ad proprietatem redire §. 3. *&* 4. *Inst. de usufr.* Et frustra opponitur Ulpiani locus in *L.* 1. §. 3. *de usufr. adcr.*, ubi de usufructu loquens, *Concursu*, ait ille, *partes habemus*: tum, ut nihil differre inter usumfructum, & proprietatem ostendat, continuo haec subjicit, *quod & in proprietate* contingeret; nam loquitur Ulpianus de usufructu duobus *separatim* legato, ac proinde de re conjunctis, inter quos jus adcrescendi esse, quamvis agatur de usufructu, non dubitatur. Jam quod pertinet ad proprietatem, esse inter verbis conjunctos juri adcrescendi locum, multis Jurisconsultorum locis solet probari. Ego uno utar Paulli in *L. re conjuncti* 89. *de leg.* 2., *Re conjuncti videntur*, *non etiam verbis*, *cum duobus separatim eadem res legatur*. *Item verbis*, *non etiam re Titio & Sejo fundum aequis partibus do lego*: *quoniam semper partes habent legatarii*. *Praefertur igitur omnimodo ceteris*, *qui & re & verbis conjunctus est*. *Quod si re tantum conjunctus est*, *constat non esse potiorem*. *Si vero verbis quidem conjunctus sit*, *re autem non*: *quaestionis est*, *an conjunctus potior sit*, *& magis est*, *ut & ipse praeferatur*. Loqui Paullum vides primum de re tantum conjunctis, deinde de conjunctis verbis, non re,

re, denique de re &verbis conjunctis. Vides de conjunctione eum loqui respectu praelationis, ac proinde juris adcrescendi, nam nisi ponas partem deficientem adcrescere, frustra quaeferis, quis conjunctorum sit praeferendus. Ergo intelligis, non dubitasse Paullum, quin inter verbis conjunctos sit jus adcrescendi. Accedit, quod in novissima textus parte re tantum conjuncto praefert Paullus verbis conjunctum. Quod autem tertiae sententiae assertores reponunt, verbis conjunctum re conjuncto praeferri ex accidenti & ex postfacto, quia concurrente tertio re conjuncto, qui erat initio verbis tantum conjunctus, esse incipit conjunctus etiam re, est id plane ridiculum; anne enim concursus conjunctum faciet, quem non fecerat conjunctum voluntas testatoris? Inter juris adcrescendi causas certe non est concursus.

Auctoritati accedit argumentum vere decretorium, quod ipsa testatoris voluntas suggerit. Qui duos, pluresve aut verbis tantum, aut re sola, aut re & verbis conjungit, eum id velle certum est, ut omnes concurrant, cur enim duos pluresve conjungit? Hinc consequens est, velle eum, ut suam quisque partem ferat, qui enim alias possent concurrere? Ergo non solum verbis, sed & quoquo modo conjuncti recte dicuntur partes initio habere, si initium illud referas ad mentem testatoris. Sed & idem testator singulos habere vult solidum, non tamen initio, ita enim sibi non consentiret. Id velle intelligitur sub conditione, si alii deficiant. Nisi id subinde vellet, frustra eos ad rem eandem vocaret. Ergo secundum mentem testatoris omnes cujusvis generis conjuncti initio partes habent: sub conditione & ex postfacto solidum. Ergo inter omnes cujusvis generis conjunctos secundum mentem testatoris esse debet jus adcrescendi. Eorum, quae huic sententiae opponuntur, unum est quod me non parum obturbat: nempe quod in modum regulae scribit Ulpianus in *L. idem Neratius* 3. *de usufr. adcr.*, *Toties jus adcrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est*. Conjunctos, quo sit inter eos jus adcrescendi, initio rem habere in solidum est opus, concursu autem partes; at qui verbis tantum conjuncti sunt, eos *semper*, h. e. non solum concursu, sed etiam initio *partes habere* ait Paullus in *cit. L. reconjuncti* 89.

Sed si qui rem initio non habent in solidum, inter eos non est jus adcrescendi, cur est inter re & verbis conjunctos, quibus secundum ea, quae dicta sunt *Part.* 1. *cap.* 3., solidum initio relinqui negat Justinianus in *L. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* Si qui partes initio habent, inter eos non est jus adcrescendi, cur Paullus in *cit. L.* 89. verbis conjunctos, quos ait *semper partes habere*, praefert in jure adcrescendi re conjunctis, quibus solidum initio datur? Facere haec debent, ut locum illum Ulpiani, quo cum aliis consentiat interpretatione adjuvemus: in eo autem vertitur interpretatio, ut primum mentem testatoris intueamur, tum externam spectemus verborum figuram. Dixi secundum mentem testatoris omnes cujusvis generis conjunctos initio partes habere, sub conditione & ex postfacto solidum. Sed inter mentem testatoris, atque externam verborum figuram vix est, ut convenire videatur. Si verba, uti sonant, accipias, tantum verbis conjuncti partes habent initio, h. e. ipsis verbis ...

quibus conjunguntur: conjuncti autem re & verbis, multoque magis re sola conjuncti initio solidum, concursu partes; hi, quoniam singulis separata oratione solidum datur: illi, quoniam, licet duorum pluriumve nomina conjungantur, non exprimuntur tamen partes. Huc spectat illud Celsi in *L. conjunctim* 80. *de leg.* 3. *Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari hoc est, totam hereditatem, & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri*. Certe de re & verbis conjunctis loquitur Celsus, nam Τὸ *conjunctim* in libris juris orationem unam, nominumque complexum significat, §. 8. *inst. de leg.*, & solidum inquit initio dari, partes autem fieri concursu. Multo est ad rem appositior Triboniani locus in *cit.* §. 8. qui utriusque generis conjunctos complectitur, *si eadem res*, inquit Tribonianus, *duobus legata sit, sive conjunctim* (i. e. ea conjunctione, quae re & verbis fit) *sive disjunctim* (i. e. ea, quae fit re tantum) *si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum*, h. e. concursu partes fiunt. Haec autem a Celso, ac Triboniano dicuntur secundum externam verborum figuram, non secundum mentem testatoris. Est mihi hujus conjecturae auctor Ulpianus in *L. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. *de leg.* 1. his verbis, *Si conjunctim res legetur, constat partes ab initio fieri*; nonne enim alias a Celso ac Triboniano dissentiret Ulpianus? At pulcre meo quidem judicio conveniet inter eos, si dixeris, Celsum, ac Tribonianum ad externam verborum figuram, Ulpianum ad mentem testatoris spectasse. Venio nunc ad Ulpiani locum, qui opponitur in *cit. L.* 3. *de usufr. adcr.*, ubi *Toties jus adcrescendi esse ait, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est*. Et loqui eum dico secundum externam verborum figuram, quum enim is idem scribat in *cit. L.* 34. §. 9. *de leg.* 1., *si conjunctim legetur, partes ab initio fieri*, nec tamen neget, re conjunctim legata esse jus adcrescendi, nisi locum hunc referas ad mentem testatoris, illum ad externam verborum figuram, qui possis inconstantiae notae Ulpianum eximere, plane non video. Porro quod ait is in modum regulae, omnino esse accipiendum dico pro subjecta materia, cujus certum faciunt indicium Titulus *de usufructu adcrescendo*, cui subjicitur is locus, ac Τὸ *divisus est*, quod ad usumfructum refertur. Quum de usufructu adcrescendo agitur, vera est regula toties jus adcrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est, quia legato usufructu jus adcrescendi est tantum inter re, aut inter re & verbis conjunctos, quibus secundum externam verborum figuram solidum initio datur, quo fit, ut is locus ad quaestionem de jure adcrescendi inter verbis conjunctos pertinere non possit. Sed & illud ex dictis consequitur, Paullum in *cit. L. de verbis* tantum conjunctis scribentem, *quoniam semper partes habent legatarii*, verbo *semper* aeque ad mentem testatoris, atque ad externam verborum figuram spectasse. Re autem, ac re & verbis conjuncti secundum externam verborum figuram habere solidum videntur, secundum mentem testatoris habent initio partes: verbis conjuncti secundum utrumque partes habent initio. Ita non est Τὸ *semper* ad id, quod ex postfacto accidit, referendum; praeferri enim, quod idem Paulus ait, re conjunctis non possunt, qui solidum habeant ex postfacto.

CA-

CAPUT III.

PRAELATIO CONJUNCTORUM.

POstremus conjunctionum effectus est conjunctorum praelatio. Conjunctorum alii aliis potiores sunt, quia sunt alii aliis conjunctiores. Arctior ista nonnullorum conjunctio locum proprie, ac semper habet in conjunctis diversi generis, qui commiscentur. Conjunctis ejusdem generis, quorum par causa, pars deficiens pariter adcrescit, *L. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.*, nisi qui eorum sint per collectionem vocati, ut in exemplo illo Paulli in *L. si quis Attio* 7. *de usufr. adcr.*, *Attio, & heredibus meis lego*, aut in illo Ulpiani *in L. interdum* 13. *de her. inst.*, *Primus, & fratris mei filii heredes sunto*. Utrumque est exemplum conjunctorum re & verbis, quorum unus nominatim, alii per collectionem vocantur. In utroque dimidiam unus, alteram dimidiam habent alii, *cit. L.* 7. *& cit. L.* 13.; sed si eorum unus non concurrat, pars deficiens reliquis, qui per collectionem vocantur, adcrescit, eo, qui nominatim vocatur, prorsus excluso: cujus rei ratio haec est, quia vocati per collectionem personae unius potestate funguntur. De jure praelationis inter commixtos diversi generis conjunctos Paullus haec habet in *L. re conjuncti* 89. *de leg.* 3., *Praefertur omnino ceteris, qui & re, & verbis conjunctus est*. Idem docet Ulpianus *in L.* 1. §. 2. *de usufr. adcr.*: atque huc illud pertinet, quod *arg. Auth. itaque C. comm. de success.* vulgo dicti sunt nostri, duplex vinculum fortius ligare. Finge scriptum, *Titio, & Gajo fundum Tusculanum lego. Maevio lego fundum Tusculanum*. Maevius re tantum conjunctus est Titio & Gaio, atque hi Maevio re itidem conjuncti. Titius autem & Gajus re & verbis conjuncti inter se; proinde si Titius deficiat, praefertur Maevio Gajus.

Pergit Paullus, *quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem*. Id tanquam generaliter, atque absolute dictum ad alios sive verbis tantum, sive re & verbis conjunctos est referendum. Ergo ait Paullus re conjunctum nec re & verbis conjuncto, nec verbis tantum conjuncto praeferri, & merito: nihil enim re conjunctus habet, quod ceteris commune non sit, qui conjuncti esse non possunt, nisi ad eandem rem vocentur, uti recte Duarenus *De jure adcr. Lib.* 2. *cap.* 7.

Postremo ait Paullus, *si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quaestionis est, an conjunctus potior sit. Et magis est, ut & ipse praeferatur*. Exercuit locus hic Paulli Interpretum ingenia, & non est tamen meo judicio obscurus. Qui τὸ *an conjunctus* ad re conjunctum referunt hoc sensu, re conjunctum verbis conjuncto praeferri, quod Rogerio visum; quique referunt ad re & verbis conjunctum hoc sensu esse eum verbis conjuncto potiorem; quae fuit opinio Azonis; nae ii Paullum ineptissime loquentem faciunt. Recta sermonis oratio postulat, ut τὸ *an conjunctus* ad id referatur, quod proxime praeit; proxime autem praeit, mentio verbis conjuncti. Accedit, quod jam antea negaverat Paullus re conjunctum esse po-

potiorem ; re autem & verbis conjunctum *praeferri omnino* ceteris dixerat: unde mox sibi non constitisset. Certe igitur de eo quaerit Paullus, num verbis conjunctus re conjuncto praeferatur. Et respondet praeferri.

Haec subjectis exemplis sunt illustranda, & quoniam inscriptiones *cit. L. re conjuncti, & L. triplici de V. S.* argumento sunt, de heredibus aeque, ac de legatariis eodem loco Paullum egisse, ecce tibi legatariorum, heredumque varie conjunctorum exempla. Finge scriptum, *Titius, & Gajus heredes sunto : Sempronius heres esto, Sejus heres esto :* aut, *Titio & Gajo lego fundum Tusculanum : Sempronio lego fundum Tusculanum, eundem fundum Sejo lego*. Commiscentur hoc exemplo re & verbis conjuncti cum re tantum conjunctis : & quoniam re & verbis conjuncti praeferuntur omnino ceteris, re autem conjuncti non sunt potiores, si deficiat Titius Gajo re & verbis conjunctus, Sempronio, & Sejo re tantum conjunctis potior est Gajus : si deficiat Sempronius Titio & Gajo non est potior Sejus, nam Titius, & Gajus aeque, ac Sejus re tantum conjuncti sunt, licet re & verbis sint conjuncti inter se. Omnes igitur concurrunt. Finge iisdem scriptum, *Titius & Gajus aequis partibus heredes sunto. Sempronius heres esto* : aut, *Titio & Cajo fundum Tusculanum lego ex aequis partibus ; Sempronio lego fundum Tusculanum*. Commiscentur hoc exemplo verbis conjuncti cum re tantum conjuncto ; & quoniam verbis conjuncti potiores sunt re conjunctis, si Titius deficiat, praefertur Sempronio Gajus. Porro finge scriptum, *Titius & Gajus mihi heredes sunto : Sempronius & Sejus heredes mihi sunto ex aequis partibus* ; aut, *Titio & Gajo lego fundum Tusculanum : Sempronio & Sejo eundem fundum ex aequis partibus do lego*. Si deficere Sempronium ponas, Titio, & Gajo praeferendus est Sejus Sempronio verbis conjunctus ; nam Titius & Gajus licet re & verbis conjuncti sint inter se, sunt tamen Sempronio & Sejo re tantum conjuncti, quos constat non esse potiores. Ad haec finge scriptum, *Titius & Gajus ex aequis partibus mihi heredes sunto : ex qua parte Titium institui, ex eadem Sempronius mihi heres esto*, aut, *Titio & Gajo fundum Tusculanum lego ex aequis partibus : quam partem Titio legavi, eam Sempronio lego*. Sunt in hoc exemplo Titius, & Gajus verbis conjuncti inter se ; Titius autem & Sempronius sunt re, & verbis conjuncti ; proinde Titio deficiente Sempronius potior est Gajo. Denique finge scriptum, *Titius & Gajus heredes mihi sunto ex aequis partibus : ex qua parte Titium institui, ex ea heres mihi sto Sempronius ; Sejus mihi heres esto* ; aut, *Titio & Gajo ex aequis partibus lego fundum Tusculanum : quam partem Titio legavi eam Sempronio lego : Sejo lego fundum Tusculanum*. Commiscentur hoc exemplo triplicis generis conjuncti, estque Titio verbis tantum conjunctus Gajus, re tantum Sejus, re & verbis Sempronius. Ergo si Titius deficiat, hujus pars uni Sempronio adcrescet.

COM-

COMMENTARII PARS TERTIA

DE MODIS, QUIBUS PARS DEFICIENS ADCRESCIT.

IN tertia hujus Commentarii parte de tribus quaerendum est, num pars deficiens ipso jure, an novo hominis facto adcrescat; num adcrescat volenti, an invito; num cum onere, an sine onere adcrescat.

CAPUT I.

PARS ADCRESCENS IPSO JURE.

IN hereditatibus, sive ex testamento, sive ab intestato deferantur, certi juris est, partem deficientem coheredi, qui suam partem adgnovit, adcrescere ipso jure, h. e. sine nova aditione aliove novo facto, *L. un.* §. 11. *C. de cad. toll.*: cujus rei ratio haec est, quia hereditate pluribus delata, qui pro sua parte adiit caeteris deficientibus videtur totam hereditatem adiisse, quasi sit ei soli initio delata, *L. liber homo* 59. §. *ult. de her. inst.*, *L. si solus* 80. *pr.* & §. 1. *de adq. her.*, atque hoc est, quod Gajus scribit in *L. qui ex duabus* 53. §. 1. *D. eod.* qui semel aliqua ex parte heres extitit, ei deficientium partes *tacite* adcrescere. *Tacite* fieri dicitur Jurisconsultis, quod potestate juris fit, ac sine ullo hominis facto: Exemplorum abunde est apud Brissonium *De V. S.* Idem de bonorum possessoribus, qui heredes imitantur, expresse constitutum est in *L. aequissimum* 2. §. *si duo* 8. *D. de bon. poss. sec. tab.* Neque interest, num heres, qui adiit, quo tempore aliorum partes deficiant, vivat adhuc, nec ne, *cit. L. un.* §. 11.; transmittitur enim jus adcrescendi ad heredes: quod adeo verum est, ut eo etiam casu transmittatur, quum coheres est itidem substitutus coheredi, atque hoc deliberante, sicque nondum delata ex caussa substitutionis hereditate decedit, *L. si quis heres* 85., & *L. qui patri* 59. *de adq. her.* Quod vulgo dicitur, jus substitutionis potentius esse jure adcrescendi, tum demum est verum, si alius a coherede sit substitutus: ubi autem utrumque jus in eamdem personam concurrit, atque haec moritur ante delatam ex substitutione hereditatem, jus adcrescendi tantum spectatur.

Adscribenda sunt hic verba Ulpiani in *cit. L.* 35., *Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex caussa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei adcrescit portio.* Difficile explicatu est il-

 lud

lud Ulpiani ; *Erit heres ex causa quoque substitutionis* , nam substitutus ante delatam ex substitutione hereditatem heres esse ex causa substitutionis non potest. Quo igitur possit aliqua ratione explicari , adnectendum est iis , quae continuo sequuntur , *quoniam merito quoque ei adcrescit portio* . Haec faciunt , ut Ulpianeum illud , *erit heres ex causa quoque substitutionis* tanquam minus proprie dictum accipias , neque aliud dicas ad substituti heredes transmitti , quam jus adcrescendi . Confirmat id locus Neratii in *cit. L. 59. Qui patri heres extitit , si idem filio impuberi substitutus est ; non potest hereditatem ejus praetermittere : quod sic recipiendum est , etiamsi vivo pupillo mortuus erit , deinde pupillus impubes decesserit ; nam is , qui heres extiterit , pupillo quoque heres necessario erit , nam si ipsum invitum obligat , conjungi eam paternae hereditati , & adcrescendi jure adquiri cuicumque patris heredi , existimandum est* . Graviter obstat Marciani locus in *L. si ex pluribus 9. de suis & legit.* , ubi jus istud transmissionis in legitimis quidem heredibus admittit , non ita in testamentariis. Verba ejus sunt , *Si ex plurimis legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem , vel morte , vel qua alia ratione impediti fuerint quominus adeant , reliquis , qui adierint , adcrescit illorum portio , & licet decesserint , antequam adcresceret , hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis , & coheredi substituti , huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas , non etiam , si decesserit , heredem ejus sequitur* . Sed obicem feliciter amovet Cujacius *Lib.* 12. *obs. cap.* 11. Marciani locum referens ad Legem Juliam & Papiam , quae jus antiquum h. e. jus adcrescendi inter legitimos heredes retinuit , inter testamentarios abrogavit , *cit. L. un.* §. 1. Non igitur poterat ad heredum testamentariorum heredes transire jus adcrescendi , quod inter ipsos testamentarios heredes ea Lege non erat. At restituto tandem per Justinianum veteri jure certe jus illud transmittitur ad primorum heredum heredes. Ut autem inter Ulpianum , Neratium , ac Marcianum conveniat , ego sic facio conjecturam , Ulpiani ,& Neratii loca deflexisse Tribonianum ad jus novissimum Imp. Justiniani , cujus tunc immemor Marciani locum intactum reliquit .

Haec vera sunt , si qui nondum delata hereditatis parte decessit , in ea causa erat , ut , si non decessisset , omnino is eam partem caepisset , h. e. si solus erat . Hoc juris principio innititur quod scriptum est apud Celsum *in L. liber homo 59. §. si ita 6. D. de her. inst.* , *Si ita scriptum fuerit: Titius ex parte tertia , Maevius ex parte tertia heredes sunto . Titius si intra tertias Kalendas navis ex Asia venerit ex reliqua parte heres esto . Videamus , ne Titius statim ex semisse heres sit : nam duo heredes instituti sunt , sed Titius aut ex semisse , aut ex besse . Ita sextans utique erit in pendenti . Et si conditio extiterit , ex besse heres erit : si non extiterit , ille sextans Maevio adcrescet ; sed si decesserit Titius , antequam conditio exsistat , deinde conditio exstiterit : tamen ille sextans non Titii heredi , sed Maevio adcrescet , nam , cum adhuc dubium esset , Titio , an Maevio is sextans datus esset , Titius decessit , nec potest intelligi datus ei , qui tempore dandi in rerum natura non fuit* . Hinc recte colligit Baldus , dubium eventum in ultimis voluntatibus non transmitti. Vulgo uno casu videtur nova aditione opus esse , si cui hereditas per alium , puta per servum quaeratur . Hujus exceptionis

nis argumentum suggerit Paulus *in cit. L. si solus* 80. §. *item* 2. & §. *ego* 3. his verbis, *Item si servus meus ex parte heres institutus sit pure , ex parte sub conditione , dato scilicet coherede , & jussu meo adierit , deinde eo manumisso , conditio alterius portionis extiterit : verius est , non mihi esse adquisitam illam portionem , sed ipsum comitari ; omnia enim paria permanere debent in id tempus , quo alterius portionis conditio extet , ut adquiratur ei , cui prior portio adquisita est. Ego quidem puto , etsi adhuc in potestate sit , iterum adeundum esse , si conditio extiterit : & illud , quod dicimus , semel adeundum , in ejusdem persona locum habet , non quum per alium adquirenda est hereditas*. Quod sub finem Paulus scribit de casu partis sub conditione relictae haud inscite producunt interpretes ad casum partis deficientis ; namque eadem esse utroque casu ratio juris videtur.

Quae de hereditatibus bonorumve possessionibus dicta sunt , habent itidem locum in legatis fideicommissisve , quia multo magis in his locum habent, quam in illis, namque hereditas extraneo relicta non alias , quam aditione, aliove hominis facto adquiritur; legatum vero fideicommissumve adquiritur ignoranti , *L. quum pater* 77. §. *surdo* 3. *de leg.* 2., & satis est non fuisse repudiatum. Facit locus Ulpiani *in L. servum filii* 44. §. 1. *de leg.* 1., *Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit , postea cognoverit, & voluerit ad se pertinere ; legatum valebit, quia , ubi legatarius non repudiavit , retro ipsius fuisse videtur , ex quo hereditas adita est : si vero repudiaverit , retro videtur res repudiata fuisse heredis* . Ergo si pars ante diem cedentem deficiat , h. e. vivo testatore , aut pendente adhuc conditione , spes ejus adcrescit ipso jure : si post diem cedentem , & non dum adita hereditate , adcrescit jure ipso jus transmittendi: si post diem cedentem, atque adita jam hereditate deficiat , adcrescunt jure ipso actiones pro genere legati , fideicommissive , h.e. actiones in personam , atque hypothecaria , si quantitas , aut res aliena legatur: si vero certa species propria testatoris , etiam vindicatio . *Vide Bellon. de jure adcr. cap.* 8. *quaest.* 2. *a num.* 6. Nunc intelligis, quae sit istius disputationis utilitas. Quod pars legati fideicommissive post diem cedentem , atque adita hereditate deficiens adcrescit ipso jure , inde usque ab eo tempore hypotheca , dominiumve incipit ; magna autem utilitas posita est in tempore.

C A P U T II.

PARS VOLENTI , AUT INVITO ADCRESCENS.

Separanda in hac re sunt ab hereditatibus legata , & fideicommissa ; Partem hereditatis coheredibus *nolentibus* adcrescere inquit Justinianus in *L. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* , *si suas portiones jam adgnoverint* : quae autem invitis adquiruntur, eas etiam ignorantibus adquiri exploratissimum est §. *item* 3. *Inst. per quas pers* . Rationem subjicit Justinianus ; quod sit *absurdum*, *ejusdem hereditatis partem quidem adgnoscere, partem vero respuere*: in eo autem *absurdum* istud est positum , quod jus succedendi in universum jus defuncti (quae propria est hereditatis definitio) individuum est ;

quum quia defuncti persona est individua, tum quoniam individua est ejus voluntas: quod si pars hereditatis non adcresceret invito, aut ea perpetuo vacaret, &, praeterquam quod pendere dominium non potest, defunctus pro parte haberet heredem, qui eum pro parte referret: aut heredi sive legitimo, sive ex testamento quidem scripto, non tamen conjuncto cederet; & voluntas testatoris pro parte servaretur, pro parte non: atque huc ea redeunt omnia, quae utramque paginam faciunt apud Bellonum *cit. cap.* 8. *quaest.* 4. *n.* 9.: quumque in hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, si non voluntate hominis, saltem voluntate legis, certe vero individuum personae defuncti spectetur, idem de iis hereditatibus jus esse non dubitatur: unde generaliter Gajus de quocumque herede scribit in *L. qui ex duabus* 53. §. 1. *de adquir. her.*, *Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite deficientium partes etiam invito adcrescunt.*

Nunc videamus, quemadmodum sit accipiendum Τὸ *nolentibus* apud Justinianum in *cit. L. un.* §. 11., ac Τὸ *etiam invito* apud Gajum in *cit. L.* 53. §. 1. Et sane interest, num pars unius deficiat antequam alter coheres adeat, an postquam hic adiit pro sua parte hereditatem. Priore casu pars, quae jam antea defecerat, prorsus invito adcrescit, ita ut nullo modo possit onera, qualia, & quantacumque sunt, detrectare; quamvis maximam partem, & vero etiam omnia parti deficienti incumbant: namque jam antequam adiret, pars parti adcrevit: unde is adeundo totam vere adiit hereditatem. In rem videtur esse quod scribit Ulpianus in *L. si duo* 38. *de adq. her.*, *Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat: qui enim scit, aut scire potuit, illo abstinente, se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur.* Ex verbo *qui scit*, colligi videtur posse, secus se rem habere, si quo tempore quis adit, jam antea defecisse partem ignoret: quod ex auctoritate Bartoli, aliorumque nonnullorum docet Bellonus *cit. cap.* 8. *quaest.* 5. *num.* 49. & 50. Sed quoniam sequitur apud Ulpianum, *aut scire potuit*, quod perinde accipiunt Nostri, ac nominatim Gothofredus, quasi scriptum sit, *aut scire facile potuit*, hinc & illud videtur posse colligi, tum demum secus se rem habere, quum quo tempore quis adit, id ignorat, quod facile poterat nosse. Sed de hac ipsa re mox rursus. Posteriore casu antiquus juris interpres Johannes, aliique bene multi in ea opinione fuerunt, partem deficientem invito etiam coheredi adcrescere, si velit is partem, quam adiit, retinere: ceterum ei liberum esse aut totam hereditatem adgnoscere, aut totam abjicere. Moventur Gaji loco in *L. Si certarum* 17. §. 1. *de testam. milit.*, *Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium caeterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi: ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset: extra castra contracto aere alieno, is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet convenienς videtur respondisse, ut ex quaqua caussa debeatur militi, vel huic heredi, vel illi, ipso jure debeatur. Quod si alterutra pars bonorum aeri alieno,*

quod

quod ex ea caussa pendebit, non sufficiat ; & propter hoc is, qui ex ea parte heres institutus est, non adierit ; alterum, qui adisset, compellendum esse, aut defendere totam hereditatem, aut totam creditoribus solvere. Moventur itidem Martiani loco in *L. quum hereditate* 55. *de adq. her.*, *Quum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo, sive extraneo defertur, ut aut totam adgnoscat, aut a toto recedat : & ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat*. Hanc eandem optionem heredi heredis dedit Ulpianus in *L.* 56. his verbis, *Si is, qui immiscurit se hereditati, decessisset, deinde alter se abstinet : eadem conditio deferenda est heredi ejus, quae & ipsi, quod Marcellus ait :* Et fideicommissario etiam Scaevola in *L. si pupillus* 79. *D. ad Trebell.*, *Si pupillus parenti suo heres extitit, & fideicommissam hereditatis partem restituit, mox abstinetur paterna hereditate : optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem quoque pupilli adgnoscat, aut toto discedat*. Eo denique moventur, quod vix aequum videatur, eum, qui adeundo partem testamento, aut lege delatam nihil facit, quod sibi debeat imputare, ex necessaria partis postea deficientis adcretione damnum capere invitum.

Contrariam sententiam sequuti sunt Fulgosius, aliique non pauci e veteribus, atque e recentioribus Duarenus *De jure adcresc. Lib.* 2. *cap.* 1., ac Donellus *Comm. Lib.* 7. *cap.* 12. Moventur tribus iis, quae jam sunt superius adscripta Ulpiani, Gaji, & Justiniani locis in *L. si quis heres* 35., & *L. qui ex duabus* 53. §. 1. *de adq. her.*, & *L. un.* §. 11. *C. de caduc. toll.*, ubi scriptum est, eis, qui portiones suas jam adgnoverant, partes deficientes adcrescere *Nolentibus*, & *Invitis* : proprie autem dici *Nolentes* & *Inviti* non possunt, quorum in potestate est facere, ut illae adcrescant, aut non. Et vero qui alterum eligit de duobus, is velle intelligitur : quod argumentum tanti est apud me ; ut nihil morer aut fori, quo contraria sententia recepta est, auctoritatem, aut quae pro ea adferuntur Librorum juris loca. Gajus in *cit. L. si certarum* 17. §. 1. loquitur de testamento militis, qui castrensia a non castrensibus separavit : qua separatione facta non est in ejus testamento juri adcrescendi locus *L.* 2. *C. de testam. mil.*: qua de re multis inferius : ideo compellitur heres, qui adiit, aut defendere totam hereditatem, aut totum creditoribus solvere, quia alias deberent bona auctione distrahi, sicque privilegium militi datum in ejus injuriam traheretur. Martianus in *cit. L. quum hereditate* 55. de suo herede loquitur, qui se abstinet beneficio Praetoris : quoniam autem suus heres post abstentionem, adhuc est heres jure civili, hinc sequitur, eo abstinente non vere deficere portionem, nec proprie locum esse juri adcrescendi : ne autem beneficium abstentionis, quod suo dat Praetor, in alterius injuriam trahatur, conditionem illam coheredi sive suo, sive extraneo deferri. Defertur quidem eadem conditio heredi heredis, sed non alii, quam sui heredis heredi, de quo loquitur Ulpianus in *cit. L.* 56. Neque alia est ratio ejus, quod de fideicommissario scribit Scaevola in *cit. L. si pupillus* 79., nam de suo itidem herede loquitur.

Haec vera sunt, si pars jure communi vacet, non si jure singulari, h. e. per in integrum restitutionem. *Si minor annis*, inquit Macer in *L. si*

L. si minor 61. *de adq. her.* , *posteaquam ex parte heres extitit* , *in integrum restitutus est* ; *Divus Severus constituit* , *ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur* , *sed bonorum possessio creditoribus detur* : atque hoc casu minor nudo heredis nomine, quod post in integrum restitutionem adhuc retinet, testamenti causam tuetur, *L. ait Praetor* 7. *al. L. & si* 8. §. *sed quod Papinianus D. de min.* : nec si nolit coheres onus suscipere ejus partis, partem suam abjicere, ut in suprascriptis exemplis, est compellendus. Et certe errant, qui Scaevole locum in *cit. L. si pupillus* 79. de suo herede accipiunt in integrum restituto hoc argumento, quod eum inquit Jurisconsultus fideicommissam hereditatis partem restituisse, ac proinde se jam immiscuisse hereditati, tum contra immixtionem restitutum; nam loquitur Scaevola de suo herede impubere, qui non indiget, ut pubes, in integrum restitutione, sed etiamsi se immiscuerit, abstinendi beneficium habet; *L. impuberibus* 11., *& L. necessariis* 57. *de adq. hered.*

De jure adcrescendi in legatis, fideicommissisve non idem jus est. Legatarium pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum posse, negant Pomponius in *L. legatarius* 38. *de leg.* 1., & Paulus in *L. neminem* 4. *de leg.* 2. Huic consequens esse videtur, in legatis etiam fideicommissisve partem deficientem adcrescere invito. Sed verius est, separandum esse jus non decrescendi a jure, quod proprie dicitur adcrescendi, h. e. separandos re tantum conjunctos ab aliis, qui aut verbis tantum, aut re & verbis conjuncti sunt. Si duo pluresve re conjungantur, singulis initio solidum relinqui, non item, si aut verbis tantum, aut re & verbis conjungantur, clarissime demonstratum est *Part. I Comm.* Ergo verbis tantum, aut re & verbis conjuncto non alias quam volenti, re conjuncto etiam invito pars deficiens adcrescit. Hic vocatur ad solidum, quod scindere contra testatoris voluntatem non potest: ille ad partem, qua si velit esse contentus, nihil facit aut contra voluntatem testatoris, aut contra regulas juris; non enim in legatis & fideicommissis est cur metuas, quod in hereditatibus cavendum est, ne quis ex parte testatus, ex parte intestatus decedat. Confirmat haec Justinianus in *L. un.* §. 11. *Cod. de cad. toll.* Loquitur ibi de legatariis, fideicommissariisve conjunctis, ac de disjunctis. Re tantum conjunctos proprie dici *Disjunctos*, alios proprie dici *Conjunctos* sat notum. Jam de conjunctis loquens Justinianus, partem deficientem inquit *Volentibus accedere* : de disjunctis vero loquens ait: *Si non omnes in rei adquisitionem concurrant, hanc solidam ejus esse*, qui concurrit, solidamque apud eum *Remanere nullius concursu deminutam*, quae diversa loquendi ratio facit, ut singulis re conjunctorum relictum intelligatur unum legatum, de quo loquuntur Pomponius & Paulus in *cit. L.* 38. *de leg.* 1., *ac cit. L.* 4. *de leg.* 2.; conjunctis autem vel verbis tantum, vel re & verbis relicta, intelligantur tot legata quot sunt rei legatae partes pro numero personarum, aut saltem plura singulis relicta: quo casu liberum legatario est unum repudiare, alterum amplecti, *L. sed duobus* 5. *de leg.* 2.

CA-

CAPUT III.

PARS CUM ONERE, AUT SINE ONERE ADCRESCENS.

IN hereditatibus, quae ab inteſtato deferuntur, pars deficiens cum onere adcreſcit ex reſcripto Imperatoris Severi, cujus teſtem do Ulpianum in *L. ſi Titio* 61. §. *Julianus* 1. *de leg.* 2., *Julianus quidem ait: ſi alter ex legitimis heredibus repudiaſſet portionem, quum eſſent ab eo fideicommiſſa relicta: coheredem ejus non eſſe cogendum fideicommiſſa praeſtare: portionem enim ad coheredem ſine onere pertinere; ſed poſt reſcriptum Severi: quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta, a ſubſtitutis debentur: & hic quaſi ſubſtitutus, cum ſuo onere conſequetur adcreſcentem portionem*. Non obſtat, quod ab Antonino, aut ab eodem Severo reſcriptum refert idem Ulpianus in *L.* 1. §. *illud* 9. *de leg.* 3., *Si quis inteſtatus decedens, ab eo, qui primo gradu ei ſuccedere potuit, fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante ad ſequentem gradum devoluta ſit ſucceſſio, eum fideicommiſſum non debere*, namque ille alius, ad quem repudiata hereditas pertinet, in alio gradu ponendus eſt, ſicque ad repudiatam hereditatem admittendus ex ſucceſſorio Edicto, non jure adcreſcendi, cui locus eſt inter plures ejuſdem gradus.

Idem jus eſſe in hereditatibus, quae deferuntur ex teſtamento docet Pomponius in *L. ſi duobus* 16. §. *heres* 1. *de leg.*1., *Heres, adjecto ei nomine cujuſdam, qui heres non ſit, dare damnatus, totum legatum debet: nam ſi duos ex heredibus ſuis nominatim quis damnaſſet, & alter hereditatem non adiſſet: qui adiſſet, totum deberet, ſi pars ejus, qui non adiſſet, ad eum, qui adiſſet, pervenerit*. Idem docent Paulus in *L. mortuo* 49. §. *ult. de leg.* 2., & Juſtinianus in *L. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Sed non pauci ſunt (eſtque horum numero Cujacius in *cit. L. ſi duobus* 16., & in *cit. L. un.*) qui adcreſcere quidem cum onere adfirmant, quae caduca, aut quaſi caduca dicebantur, negant vero ea, quae pro non ſcriptis habentur. Verum haec quoque cum onere adcreſcere, non obſcure tradit Paulus in *L. civitatibus* 122. §. *Lucius* 1. *de leg.* 1., *Lucius Titius, & Gajus Sejus Publio Maevio decem dare damnas ſunto. Gajus Sejus heres non extitit. Sabinus ait, Titium ſolum legatum debiturum, nam Sejum pro non ſcripto habendum eſſe. Haec ſententia vera eſt: hoc eſt, Titius tota decem debebit*: cui Pauli loco (ne quis forte putet, quod Bellono viſum *De jure adcreſc. cap.* 8. *quaeſt.* 17. *num.* 25. Τὸ *Sejum pro non ſcripto habendum* minus proprie dictum) adnectendus eſt multo luculentior Juſtiniani locus in *cit. L. un.* §. 10., *In his itaque ſi quidem coheredes ſunt omnes conjunctim, vel omnes disjunctim, vel inſtituti, vel ſubſtituti, hoc, quod fuerit quoquo modo vacuatum, ſi in parte hereditatis, vel in partibus conſiſtat, aliis coheredibus cum ſuo gravamine pro hereditaria parte, etiamſi jam defuncti ſunt, adquiritur*. Verba haec praeit §. 2., ubi ea proponuntur, quae variis ex cauſſis vacabant, & nominatim quae pro non ſcriptis ſunt: praeit etiam §. 3., ubi explicatur, quae *pro non ſcriptis effici* dicantur. Cum his confer Τὸ *quoquo modo*

do vacuatam, & cum onere adcrescere ne ambigas ea etiam, quae vacant quasi non scripta.

Graviter obstat *L. quidam* 14. *de jure Codicill.*, ubi de legato codicillis dato vel ademto post obitum heredis testamento scripti haec habet Scaevola, *Quod post heredis obitum codicillis legatum, vel ademtum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem* (testator) *sermonem conferat in rebus humanis non est, eaque ademtio et datio nunc vana efficiatur.* Vides legati onus heredi impositum, qui eo tempore in rebus humanis non erat, legatumque illud initio non valere: quod autem initio, non valet, facile intelligis, transferri cum parte adcrescente in alium non posse.

Locus hic juris male habuit interpretes, quorum conjecturas colligit Bellonus *De jure adcr. cap.* 8. *qu.* 17. *a num.* 45. Digna est Belloni interpretatio quae in medium adferatur: sed transcribi hic juvat locum integrum Scaevolae. Ait is in *cit. L.* 14. *pr.*, *Quidam referunt* (*quantum repeto*) *apud Vivianum Sabini & Cassii & Proculi expositam esse in quaestione hujusmodi controversiam, an legata, quae, posteaquam instituti mortem obierunt, codicillis adscripta vel adempta sunt, a substitutis debeantur, id est an perinde datio & ademptio etiam hoc tempore codicillis facta valeat, ac si testamento facta esset: quod Sabinum & Cassium respondisse ajunt, Proculo dissentiente. Nimirum autem Sabini & Cassii collectio* (*quam & ipsi reddunt*) *illa est, quod codicilli pro parte testamenti habeantur, observationemque & legem juris inde traditam servent. Ego autem ausim sententiam Proculi verissimam dicere, nullius enim momenti est legatum, quod datum est ei, qui tempore codicillorum in rebus humanis non est, licet testamenti fuerit; esse enim debet, cui detur: deinde sic quaeri, an datum consistat, ut non ante juris ratio, quam persona, quaerenda sit, & in proposito igitur quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademptum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademtio & datio nunc vana efficietur. Haec in eo herede, qui ex asse institutus erit, dato substituto, ita ut ab instituto codicilli confirmarentur.* Unum heredem ex asse institutum ponit Scaevola, codicillosque a primo tantum gradu confirmatos, aitque ex sententia Proculi, si tempore codicillorum jam obierat heres institutus, dationem, ademptionemque legati non valere, ac proinde nec dationem nocere, neque ademtionem prodesse substituto: utitur autem argumento ducto a persona ejus cui legatum datur, ad personam heredis a quo legatur; quemadmodum enim non valet legatum ei relictum, qui tempore codicillorum non est in rebus humanis, ita non valet, si heres, cui legati onus imponitur, jam erat eo tempore defunctus. Pergit Scaevola §. 1., *Quod si duo instituti sint, substitutis datis; unusque eorum decesserit* (subaudi ante codicillos, qui fuere itidem ab institutis confirmati), *utilia videntur legata, sed circa coheredem erit tractatus, numquid totum legatum debeat, si QUISQUIS MIHI HERES ERIT, legatum erit: an vero non quia sit substitutus heres, qui partem faciat* (h. e. qui partem alterius heredis jure substitutionis capiat), *licet ipse non debeat: idem etiam potest circa nomina expressa tractari: Multoque magis solum coheredem totum debere puto, quia is adjunctus sit* (subaudi in onere legatorum codicillis relictorum) *qui etiam tunc, quum adjungebatur, in rebus humanis non erat*: Duos heredes testamen-

mento institutos ponit, & codicillis post unius eorum mortem factis legatum datum: Aitque, licet pars defuncti ad substitutum pertineat, solum coheredem totum debere ea fortasse ratione, quia testator ab eo praestari legatum voluit, qui heres esset primi gradus. Verbis Scaevolae adnectit Tribonianus in *L. sed quum 15.* verba haec Africani, *Sed quum ea testatoris voluntas fuerit, ut ex universa hereditate legata erogarentur: Dicendum scriptis heredibus profuturam doli exceptionem: Si amplius quam hereditaria portio petatur*. Videtur Tribonianus collatis Scaevolae, atque Africani locis juri stricto opponere voluisse jus aequum. Jure stricto deberet heres solidum legatum praestare: Aequum tamen non est, eum plus debere, quam hereditaria portio patitur. Habet is dimidiam hereditatis; ergo dimidiam legati praestabit. Se tamen tuetur heres exceptione doli, quae indicio est, eum ipso jure ultra dimidiam teneri. Alteram dimidiam legatarius perdet, qui enim posset eam petere a substituto, a quo confirmati non sunt codicilli? His ita expositis obicem sic amovet Bellonus. In specie Scaevolae legatum nullius momenti est, quia nulla est persona, in qua consistat. Et consistere quidem non potest in persona heredis, quia hic tempore codicillorum non erat in rebus humanis: Non in persona coheredis, quia unus est heres ex asse scriptus: Nec in persona substituti, quia ad hunc non pertinent codicilli. At in casu nostro plures heredes ponendi sunt: Proinde legatum, quod consistere non potest in persona heredis tempore codicillorum defuncti, recte consistet in persona coheredis, cui deficiens portio adcrescit. In specie autem Africani licet plures ponantur heredes, tamen ideo non praestat coheres dimidiam legati, quae parti deficienti incumbebat, quia haec dato substituto adcrescere non potest coheredi. Quin hoc ipso Africani loco recte confirmat Bellonus, quod traditur, etiam partem, quae deficit quasi non scripta, cum onere suo adcrescere; quum enim dicat Africanus doli exceptionem ideo prodesse coheredi, ne solidum legatum praestet, quia amplius, quam hereditaria portio peteretur, nos illud tacitus monet, si non dato substituto, deficiens portio adcresceret, exceptionem illam coheredi non profuturam.

Hactenus dicta de onere, quod partem adcrescentem sequitur, eo etiam casu locum habent, quum onus parti deficienti impositum peculiarem aliquam ob causam praestare non tenebatur is, qui partem repudiat; veluti si onus imponatur legitimae, in qua filius est institutus, et ea portio deficiat. Hujus rei argumento est locus Marcelli in *L. quum patronus 28. de leg. 2.*, *Quum patronus ex debita parte institutus fideicommissum relictum ab eo praestare non cogatur, si omiserit institutionem, utrum, qui eam partem vindicant, eodem modo retinere, an vero praestare debeat fideicommissum? Et magis est, deberi fideicommissum, quoniam, quod illius personae praestaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet*.

Eadem habent quoque locum, si pars, cui onus impositum est, deficiat postea quam alter heres pro sua parte adiit hereditatem, veluti si quis ob non servatum testatoris praeceptum sua parte privetur, *Auth. hoc amplius C. de fideicom.*

Novissime sciendum est, discrimen esse inter onus rei impositum, atque onus impositum personae. Si quis simpliciter, h. e. non ab hoc illo-

E ve

ve herede alicui leget hac formula, *Gajo lego fundum Tusculanum*, aut legatum, fideicommissumve generaliter ab omnibus relinquat hac formula, *Quisquis mihi heres erit;* legati fideicommissive onus erit impositum rei h. e. ipsi hereditati, remque ipsam, h. e. partem hereditatis deficientem sequetur. Contra si quis legatum fideicommissumve a certo herede nominatim relinquat, isque heres deficiat, adcrescet pars sine onere; nam generaliter quae personalia sunt non egrediuntur personam, *L. jurisgentium* 7. §. 8. *D. de pact.* Num antea proprium heredis nomen expressum sit, an certa alia nota ejus persona designetur, nihil interest, *L. nominatim* 80. *de leg.* 3.

Non una legatorum fideicommissorumve, ut hereditatum est ratio. Rem totam dabo adscriptis Justiniani verbis in *cit. L. un.* §. 11. *C. de Cad. toll.*, *Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit: Si quidem hoc conjunctim relinquatur: Et omnes veniant ad legatum, & pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere.* De iis loquitur, quibus conjunctim relinquitur, hoc est de conjunctis aut verbis tantum, aut re & verbis secundum ea, quae dicta sunt: Tum de iis, quibus disjunctim relinquitur, h. e. de re tantum conjunctis haec habet, sin autem disjunctim fuerit relictum: *si quidem omnes hoc accipere & potuerint & maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat... Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus adquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat: Haec solida ejus sit . . . Sin vero nemo alius veniat, vel venire potuerit: Tunc non vacuatur pars quae defecit, nec aliis adcrescit, ut ejus, qui primus accepit, legatum augere videatur; sed apud ipsum qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta* (horum verborum sententia est, partem non vacuasse, quia potius non decrescit, quam adcrescit). *Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum adscriptum: Hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam* (hoc) *onus fuerit collatum: Hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum* (*tantum*) *legatum imminutum habet. Sed & varietatis non in occulto sit ratio: Quum ideo videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus non alienum adgnoscat; nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim eo disponere.* Separat Justinianus jus adcrescendi a jure non decrescendi. Est quidam in hereditatibus auctore eodem Justiniano eadem differentia inter unum atque alterum jus, sed non quantum ad onus; namque hoc in hereditatibus regulariter imponitur rei, in legatis fideicommissisve semper personae: Quae est ratio, cur licet in hereditatibus ea etiam pars, quae deficit quasi non scripta adcrescat cum onere, in legatis tamen & fideicommissis sine onere adcrescat *cit. L. un.* §. *in primo* 3., & §. *ne autem* 9. *sub fin.* Onus in legatis, & fideicommissis imponitur personae, quumque haec tempore testamenti non sit in rebus humanis, illud pro non imposito habendum est, exceptis duobus Casibus, qui sunt in *L. quod quis in fin. D. de his, quae pro non script.*, & *L. quum vero* 26. §. 6. *de fideicommiss. libert.*, quibus nonnulli tertium addunt ex *cit. L. civitatibus* 122. §. 1. *de leg.* 1.: De quo tamen alii ambigunt. *V. Goth. in cit. L. un.* §. 3. *lit. M.*

Dictis huc usque in re dubia est locus. Cedunt tamen omnia volun-
tati

tati testatoris, & non solum expressae, sed & ei, quae pro vi conjecturarum pro expressa est. Argumentum hoc late persequitur Bellonus *cit. cap.* 8.

COMMENTARII

PARS QUARTA

DE CAUSSIS, IN QUIBUS JURI ADCRESCENDI EST LOCUS:

IN hereditatibus, bonorum possessionibus, ac legatis, fideicommissisve locum esse juri adcrescendi sexcenta Librorum juris loca jam superius expensa commostrant. De fideicommisso particulari est aliquid addendum hoc loco. Postquam jure novo Imp. Justiniani in *L.2. C. comm. de leg.* sublatae sunt differentiae inter legata & fideicommissa, in his aeque atque in illis jus adcrescendi esse, non dubitatur. Et diserte idem Justinianus in *L. un.* §. 21. *C. de cad. toll.*, ubi de conjunctione, ae jure adcrescendi agit, cum legatariis fidecommissarios conjungit. Num ante tempora Justiniani idem jus fuerit, quaestionis est. Et fuisse in fideicommissis juri adcrescendi locum, praecise nego.

Illud me primum movet, quod fideicommissum proxime accedebat ad legatum damnationis, quum quia utrumque dirigitur ad heredem, hujusque facto opus habet, tum quoniam per fideicommissum relinqui poterant, quae per damnationem legari, uti Ulpianus loquitur *Fragm. tit.* 25. §. 5.: In legato autem damnationis certe non erat jus adcrescendi. *Ulp. Fragm. tit.* 24. §. 13. Deinde me movet Scaevolae locus in *L. ult.* §. 2. *de leg.* 2., *Sejo, quem heredi substituerat, ita legavit, Sejo, si mihi heres non erit, & uxori ejus Marcellae argenti libras quindecim dari volo. Quaero, quum Sejus heres extiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur. Respondi secundum ea, quae proponerentur deberi*. Eccur non solidum legatum Marcellae debetur? Sejus & Marcella re & verbis conjuncti sunt: Pars autem Seji non existente conditione deficit.

Ita vero; sed quamvis Scaevola testatorem dicat *legasse* (quo verbo interdum ipsa etiam fideicommissa significantur) vere tamen fuisse libras illas argenti per fideicommissum relictas, certo indicio sunt verba *dari volo*, quae Ulpianus *cit. tit.* 25. §. 2. *verba fideicommissorum* appellat: Idque in caussa est, cur Seji pars non adcrescat uxori. Demum me movet locus alter Scaevolae in *L. uxorem* 41. §. *agri* 9. *de leg.* 3. Ait Scaevola, *Agri plagam, quae est in regione illa, Maevio Publio, & Gajo transscribi volo pretio facto viri boni arbitratu, & hereditati illato duplae evictione expromissa reliquit heredibus*. Quae postrema verba ostendunt, Maevium Publium, & Gajum, quibus legabatur, fuisse etiam scriptos heredes. Pergit Scaevola, *quaesitum est, an legatum valeat, quum Publius emere velit, Gajus nolit. Respon-*

spondit, eum, qui fideicommissum praestari sibi velit, posse partem dimidiam ejus agri, qui legatus est, petere, quamvis alter persequi nolit. Vides Publium & Gajum re & verbis conjunctos: Vides Gaji partem deficere, nec tamen Publio adcrescere. Quid ita? Quia in fideicommisso locus non erat juri adcrescendi. Obstare videtur Papinianus in *L. unum ex familia* 67. §. *rogo* 7. *de leg.* 2., *Rogo fundum, quum morieris restituas ex libertis, cui voles. Quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit, quandiu praeferri alius potest: Defuncto eo prius quam eligat, petent omnes. Itaque eveniat, ut quod uni datum est, vivis pluribus unus petere non possit, sed omnes petant, quod non omnibus datum est, & ita demum petere possit unus, si solus moriente eo superfuit*. De fideicommisso agi a Papiuiano nemo non videt: Porro si heres priusquam eligat, moriatur, nemo est etiam qui non videt fideicommissum illud relictum intelligi libertis, atque inter hos adeo esse jus adcrescendi, ut, si unus superfuerit, ei uni solidus fundus debeatur.

Si dixeris, ideo solidum fundum uni deberi, quia fuit pluribus per collectionem relictus, obstabit Scaevola in *L. pater filium* 38. §. *filiam* 2. *de leg.* 3., *Filiam suam heredem scripserat; & ita caverat, veto autem aedificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc testamento nominavi, pertinere volo. Quaesitum est, defuncta herede & legatariis vernis, an ad unum libertum, qui remansit, totum fideicommissum pertineret. Respondit, ad eum, qui ex vernis superesset, secundum ea, quae proponerentur, virilem partem pertinere*. Fundum testator vernis suis, h. e. libertis, qui fuerant servi vernae, sicque pluribus per collectionem reliquit verbis illis fideicommissi *pertinere volo*: Et ait Scaevola, si unus eorum superfuerit, ei, excluso prorsus jure adcrescendi, virilem partem deberi. Scripta de hac re ab Accursio, Alciato, aliisque Cujacio antiquioribus nihil moror. Discrimen inter unam, & alteram speciem primus omnium adgnovit Cujacius *in cit. L.* 67. §. 7. In utraque specie pluribus relinquitur fideicommissum, sed in specie Papiniani pluribus per collectionem, in specie Scaevolae pluribus, quorum nomina exprimuntur. *Quos*, ait, *hoc testamento nominavi*, idest manumissi propriis nominibus expressis: Nominum autem nuncupatio ut in legato damnationis, ita in fideicommissis faciebat, ut singulae singulis ab initio adscriptae partes intelligerentur, ideoque non esset inter eos jus adcrescendi nisi contraria esset testatoris voluntas. Multa alia sunt apud Cujacium *loc. cit.*, & Bellonum *De jure adcr. cap.* 6. *qu.* 21.; id unum ex sententia Cujacii moneo, post novas Justiniani Constitutiones concursu partes facere eos, qui ante illas Constitutiones initio partes habebant, & consequenter, esse inter eos jus adcrescendi. Nunc quis non jure succenseat Triboniano, qui tot veteris juris vestigia in Pandectis reliquit? Sed multae aliae sunt caussae, in quibus juri adcrescendi est locus. Has enarrare singulas est animus.

CA-

CAPUT I.

JUS ADCRESCENDI IN SUBSTITUTIONIBUS.

NUlla est ratio dubitandi, num in substitutionibus locum habeat jus adcrescendi, quod certe habet in institutionibus locum; nam quid est aliud substitutio, quam species institutionis? Eam *secundi heredis institutionem* vocat Paulus in *L. ex facto* 43. §. *Lucius* 2. *de vulg.* Porro Diocletianus & Maximianus heredibus sive *institutis*, sive *substitutis* etiam invitis coheredum repudiantium portionem adcrescere diserte ajunt in *L. testamento 6. C. de imp. & aliis subst.*

Num in substitutione, quam dicunt fideicommissariam, seu in fideicommisso universali juri adcrescendi locus sit, dubitatur. Et in fideicommissaria etiam substitutione locum esse juri adcrescendi probant locus Justiniani in *L. un.* §. *haec autem* 14. *C. de cad. toll.*, ubi postquam multa caverat de jure adcrescendi, ea *omnia* inquit locum habere in *omni ultimo elogio*, quale prorsus est fideicommissaria substitutio: Itemque duo Pandectarum loci, alter Martiani in *L. filius familias* 114. §. *Divi* 11. *de leg.* 1., alter Papiniani in *L. quum pater* 77. §. *hereditatem* 4. *de leg.* 2. Martiani verba sunt, *Divi Severus & Antonius rescripserunt, eum, qui rogatus est sub conditione fratris sui filiis restituere, ante diem fideicommissi cedentem ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his in potestate patris agentibus, quum possit, die fideicommissi cedente, sui juris constitutis ipsis debere restitui, vel, si aliquis ex his ante decesserit, non omnibus*. Si quis filiorum fratris ante diem fideicommissi cedentem decesserit, restitui quidem ex fideicommisso hereditatem ait Martianus, sed *non omnibus*, h. e. iis tantum, qui superessent: Non alio autem jure restitui solida heredibus superstitibus potest, quam jure adcrescendi. Verba Papiniani sunt, *Hereditatem filius, quum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus: Quo interea in insulam deportato eligendi facultatem non esse poena (deportationis) peremtam, placuit, nec fideicommissi conditionem ante mortem filii heredir existere: Viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, quum de aliis eligendi potestas non fuerit*. Inter eos, qui eo tempore vixerint, h. e. inter filios filiis jam defunctis superstites fieri ait Papinianus viriles, subaudi totius hereditatis: Quod intelligi non potest, nisi portiones defunctorum adcrescere filiis superstitibus ponas.

Qui contra sentiunt, eo moventur, quod in fideicommissaria substitutione nullum periculum est, ne quis ex parte testatus, ex parte intestatus decedat; nam pars, quam fideicommissarius recusat, penes heredem remanet, qui testamenti caussam tuetur. Eo etiam moventur, quod scriptum est apud Ulpianum in *L. ergo* 16. §. *si quis heres* 4. *D. ad Trebell.* Heredem restituere hereditatem rogatum, si adire nolit, adire ac restituere compelli, vel ipsi tirones sciunt §. 6. & 7. *Inst. de fideicommiss. her.* Scriptum est autem apud Ulpianum in *cit.* §. 4., *Si quis heres institutus rogatus fuerit hereditatem non totam, sed partem restituere, vel si duobus restituere*

tuere sit rogatus, & alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recuset; utroque casu exonerari eum, qui suspectam hereditatem dicit (h. e. heredem adire ac restituere coactum), *totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere:* Quod idem apud eundem Ulpianum scriptum est §. 10., *Si servo duorum rogatus quis sit restituere hereditatem, & alter cogere velit suspectam dicentem, alter restituere sibi recuset:* Quumque id ab Ulpiano proponatur tanquam jus singulare, cujus ea ratio est, ne qui non sua sponte adit, damnum capiat invitus, facile intelligis, jure communi, cui jus singulare opponitur *L. jus singulare 15. D. de leg.*, inter duos illos fideicommissarios jus adcrescendi non esse.

Utrique huic difficultati haud infeliciter satisfaciunt nostrae sententiae adsertores, in quibus est Bellonus *De jure adcrescendi cap. 6. quaest. 21. n. 32.* Et quod ad priorem facit, duos illi casus distinguunt, unum, si fideicommissarii universales nullo modo conjuncti sunt, veluti si tertia hereditatis pars Titio, reliqua Gajo restituenda sit ex fideicommisso; alterum, si sint re & verbis, vel re tantum, verbisve conjuncti: Atque hoc casu esse inter eos ajunt jus adcrescendi tanquam necessarium conjunctionis effectum: Illo jus adcrescendi non esse, quamvis in hereditatibus esset; licet enim fideicommissa universalia hereditates directas imitentur, tamen remanent, si refutentur, penes heredem, qui testamenti caussam tuetur: Unde periculum non est, ne quis ex parte testatus, ex parte intestatus decedat. Quod facit ad jus singulare, cujus testis laudatur Ulpianus in *cit. L. 16. §. 4. & 10.*, illud non in eo positum ajunt, quod partem deficientem vindicari fideicommissarius possit (vindicat enim jure communi, si plures fideicommissarios conjunxit testator), sed in eo, quod illam suscipere cogatur invitus: Quum tamen jure communi fideicommissariis universalibus aeque ac legatariis non aliter quam volentibus pars deficiens adcrescat.

CAPUT II.

JUS ADCRESCENDI IN LEGITIMA, FALCIDIA, AC TREBELLIANICA.

IN legitima locum esse juri adcrescendi, multis demonstrari facile potest. Et primum Justinianus in *Nov. 89.* postquam multa dixerat de liberis naturalibus, qui Curiae oblati, fiunt legitimi, qua de re dictum *Lib. 1. Inst. tit. 4.*, si quis decedens in testamento suo Curiae dederit naturales, quos solos habebat liberos, his illum novem uncias relinquere omnino debere, ut ut eas inter liberos partiatur: ac si minus novem unciis testamento reliquerit, ex reliqua ejus substantia supplendum esse, quod deest; tum haec habet, quae in rem nostram sunt, *Si aliqui quidem eligant, aliqui vero refutent* (subaudi conditionem curialem) *ad eos, qui eligunt, refutantium veniant portiones.* Verba haec probant, esse in legitima Curialium juri adcrescendi locum; nihil autem adferri caussae potest, cur non multo magis esse debeat ei locus in legitima filiorum ex justis nuptiis susce-

susceptorum, quorum, ut longe melior conditio, ita longe potior caussa est.

Porro scribit Hermogenianus in *L. sive patronus* 21. §. *ex duobus* 2. *D. de jur. patron.*, *Ex duobus patronis unus ex debita parte heres institutus sine conditione, & dilatione contra tabulas bonorum possessionem petere non poterit: licet, si minor ei portio esset relicta, & contra tabulas bonorum possessionem petiisset, alia etiam portio ei adcrescere potuisset*. Novissima Hermogeniani verba locum esse monstrant juri adcrescendi in legitima patronorum: recte autem posse a patronorum legitima ad legitimam filiorum duci argumentum non dubitatur.

De jure adcrescendi in Falcidia, ac Trebellianica sic habendum. Si pars hereditatis deficiens adcrescit coheredi, hic Falcidiam, aut Trebellianicam detrahet, quam ille detraxisset, qui defecit; sicque quarta portionis deficientis adcrescit coheredi: *Si alterutro deficiente*, inquit Gajus in *L. quod si* 78. *ad L. Falc.*, *alter heres solus extiterit: utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset* (h. e. utrum heres, qui adiit, quartam a suo semisse; & quartam alteram a semisse adcrescente, seu, quod eodem redit, quartam a toto asse detrahat), *an singularum portionum separatim caussae spectandae sunt* (h. e. quartam a suo tantum semisse detrahat, non ab eo, qui adcrescit) *& placet, si ejus pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem* (sicque heredem a suo tantum semisse quartam detrahere) *quia ea non est legatis onerata, quia & legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut caeteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur* (Continent novissima haec verba argumentum a simili ductum, h. e. a legatis, quae apud heredem remanent, ad partem deficientem, quae adcrescit. Gaii sententia est, quemadmodum legata, quae apud heredem remanent, h. e. quae fortasse, quia legatarii nonnulli praemortui sunt, ab herede non solvuntur, caeteris legatariis prosunt, ita pars prodest, quae adcrescit). *Si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret a quo defecta fieret*, h. e. ab ea parte eum, qui adiit, falcidiam detrahere, uti is detraheret, qui non adiit. In summa si pars non onerata accedit oneratae, heres, qui adiit, a parte accedente non detrahit quartam: detrahit vero si accedit pars onerata. Non obscura discriminis est ratio, quum enim pars deficiens non est legatis onerata, heredi, qui adiit, semper accedit lucrum, quo debet esse contentus, quantumcumque sit: quum vero legatis est onerata, nullo legatariorum damno quarta ab eo detrahitur, quam detraxisset coheres. Haec de Falcidia scripta sunt: quod autem de Falcidia, idem regulariter non incommode dici etiam de Trebellianica, quae non alio, quam Falcidiae nomine in libris juris appellatur, nostri interpretes docent, *arg. L. Marcellus* 3. §. 1. *ad Trebell.* Quod si non pars hereditatis deficiat, sed heres *jus suum diminuens*, uti non ineleganter Paulus in *L. potest* 71. *ad L. Falc.*, uti Falcidia, aut Trebellianica nolit, nullum alterius heredis jus est, quum quia in singulis heredibus rationem legis Falcidiae ponendam esse inquit Gajus in *L. in singulis* 77. *eod.*, h. e. singulos pro sua parte eo uti beneficio posse: tum quoniam quum non deficit pars

pars hereditatis, ac proinde non adcrescit coheredi, alia est quarta, quae uni, alia, quae alteri heredi defertur: Proinde ad res prorsus diversas vocantur: Quo casu certi juris est, locum non esse juri adcrescendi, *L. hujusmodi* 84. §. 12. *de leg.* 1. Utraque igitur quarta legatariorum, ac fideicommissariorum commodo cedet. Quid si legatorum alia sint oneri Falcidiae exemta, alia non. Num his adcrescit onus, quod illa non ferunt? Et alia est caussa legatorum, quae potestate Legis, oneri Falcidiae eximuntur, qualia sunt legata testamento, codicillisve jure militari facti relicta, aut relicta ad pias caussas, *L. in testamento* 7., & *L. ut similiter C. ad L. Falc.*, alia eorum, quae oneri Falcidiae eximuntur voluntate testatoris, qui in hoc, illove legato locum habere Falcidiam vetit: Quod ei facere permisit Justinianus *Nov.* 1. Priore casu onus, quod in legatis exemtis remittitur, aliis non incumbere, docet Scaevola in *L. si post* 17. *D. ad L. Falc.* his verbis, *Si post missionem faciat codicillos miles, & intra annum decedat, ex testamento, quod in militia jure militari fecit* (quodque intra annum post missionem honestam, aut causariam valet), *plena legata: Ex codicillis habita Falcidiae ratione praestari debere dicitur. Sed res ita expedietur. Si quum quadrincenta haberet, testamento quadrincenta, codicillis centum legaverit, ex quinta parte, id est octoginta, quae ad legatarium ex codicillis pervenirent, si Falcidiam non pateretur, quartam, id est viginti heres retinebit*. Sensus hic est. Miles, qui quadrincenta habebat in bonis, testamento, codicillisque legavit quincenta, id est quintam supra vires patrimonii sui partem; quae ex quadrincentis, itemque ex centum deducta quadrincenta illa ad trecenta viginta rediguntur, itemque centum ad octoginta. Quoniam autem ex testamento jure militari facto legata *plena*, h. e. integra praestantu, legata vero relicta in codicillis post missionem, ac proinde rato jure communi *factis* falcidiam patiatur, heres ex octoginta, quae in codicillis legata sunt, retinebit viginti; Ex trecentis viginti omnino nihil, sicque onus, quod in legatis exemptis remittitur, aliis non incumbit. Eadem de Trebellianica Macer habet in *L. si miles* 92. *D. eod.* Confer *L. in testamento* 13. *C. de test. milit.*, & *L. in testamento* 7. *C. ad L. Falc.*

Posteriore casu onus, quod in hoc, illove legato a testatore remittitur, aliis legatis incumbere jure docuit Bartolus, quem plerique omnes sequuntur apud Bellonum *De jure adcresc. cap.* 6. *q.* 4. *n.* 17, *arg. L. si in testamento* 64., & *L. qui quadrincenta* 83. *pr. ad L. Falc.* Ego quamvis argumento ex duobus istis Pandectarum locis ducto non movear (est enim meo judicio levissimum) Bartolo lubens adsentior, sed nova ratione. Et jure quidem veteri, quo non erat testatori permissum Falcidiam prohibere, haec salva esse non alias poterat heredi, quam si ex aliis legatis integra deduceretur. Quo igitur voluntati testatoris, ac Legis praecepto fieret satis, onus in hoc illove legato remissum aliis incumbere necesse erat. Jure novo licet quidem testatori prohibere Falcidiam, sed hoc verum est, si sic expresserit: Ita enim loquitur Justinianus in *cit. Nov.* 1. *cap.* 2. *in fine*, *si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, testatoris valere sententiam*. Quoniam igitur qui hoc illudve legatum oneri Falcidiae eximit, non potest dici Falcidiam expresse prohibuisse, necessario illud consequitur, esse eam ex aliis legatis integre deducendam. CAP.

CAPUT III.

JUS ADCRESCENDI IN MORTIS CAUSSA DONATIONIBUS, VEL CAPIONIBUS.

MOrtis caussa donationes diremta veterum controversia ad exemplum legatorum *per omnia fere* redegisse Justinianum scribit Tribonianus §. 1. *Inst. de donat.* Τὸ *fere*, quod est in *cit.* §. 1. aperte monstrat, Justinianum differentias aliquot reliquas fecisse, quas ego in meo *De donationibus Commentario* non indiligenter sum persequtus; sed certe nulla inter mortis caussa donationes, & legata, quantum ad jus adcrescendi, differentia est. Docet id Justinianus duobus locis *cit, L. un. de cad. toll.*, unus est *in* §. *fin autem* 7., ubi postquam dixerat apud heredem manere, quod legati fideicommissive titulo relictum est, si legatarius fideicommissariusve decedat, aut eo superstite deficiat conditio, haec subjicit, *nisi vel substitutus relictum accipiat, vel conjunctus, quum certi juris sit, & in institutionibus, & legatis & fideicommissis, & mortis caussa donationibus posse substitui*, Verba *quum certi &c.* rationem continent verborum, quae praeeunt, *nisi vel substitutus relictum accipiat, vel conjunctus :* Quoniam autem in his non solum substitutionis, sed et conjunctionis, ac juris adcrescendi mentio fit, sequitur, hanc eandem mentionem factam intelligi etiam in illis. Alter est in §. *haec autem* 14., ubi Justinianus, *omnia superius scripta* (scripserat autem permulta de jure adcrescendi (*locum habere* inquit *in mortis caussa donationibus*.

De mortis caussa capionibus magna quaestio est. Mortis caussa capio substantivum nomen est, quo significant Jurisconsulti quidquid morte alicujus adquiritur, si tamen ejus proprium nomen desit. Quod igitur nec proprie legatum, nec proprie est fideicommissum, mortis caussa capio erit. Mortis caussa capi ait Gajus in *L. id autem* 76. *ad L. Falc. quod conditionis implendae caussa datur*. Finge legatum Titio datum sub conditione dandorum Maevio decem. Maevius utpote positus in conditione legatarius non est, mortis tamen caussa capit, *L. si quis sub conditione* 2. *D. si quis omissa caus. test.* Et non esse in mortis caussa capionibus juri adcrescendi locum, videntur probare juris loca, quae sequuntur. Ait Pomponius in *L. tales* 112. §.1. *de cond. & dem.*, *Si sumphoro* (ita in Pandectis Florentinis: In aliis est *Symphoro*. *Et y* in antiquis exemplaribus saepe commutari innumeris exemplis docemur) *si Sumphoro, & Januario centum Titius praestiterit, fundum ei lego. Sumphoro mortuo an legatum perisset? Sed hoc quoque sic puto interpretandum, ut dum quisque eorum vivet, praestitisset ; Sed benigna interpretatione dicendum, si non post moram Titii Sumphorus decessit, debere partem dimidiam Januario dantem, partem fundi dimidiam legatarium esse consequuturum*. Opponit Pomponius jus strictum aequo. Jure stricto, si alteruter decedat, totum legatum deficere deberet, quia conditio impleri pro parte non potest. Sed benigna interpretatione voluntatis testatoris si legatarius dimidiam pecuniae partem superstiti dedit, dimidiam fundi legati

partem consequetur. Cur autem superstiti dimidia pecuniae pars datur? Quia inter Sumphorum, & Januarium, qui in conditione sunt positi, & mortis caussa capiunt, nullum est jus adcrescendi. Nonnulla alia in eamdem sententiam argumenta congerit Bellonus *cap. 6. quaest. 24. a num. 20. ad 14.* Verum eo uno argumento, quod Pomponius suggerit in *cit. L. 112. §. 1.*, nullum esse in mortis caussa capionibus juri adcrescendi locum pronuncio.

Vehementer obstat Scaevolae responsum in *L. Thais 41. §. Stichus 14. de fideic. libert.*, *Stichus servus meus jubeo, ut det, praestet filiae, & uxori meae heredibus meis, sine ulla controversia tot aureos, & ut ipsum manumittant, fidei eorum committo: quaesitum est, quum uxor ab hereditate abstinuerit utrum duobus, an filiae praestare debeat: Respondit, filiae, quae heres ex asse extitisse proponeretur, pro solido dandum.* Consensit Julianus in *L. qui duobus 23. de cond. & dem.*, *Qui duobus heredibus decem dare jussus est, & fundum sibi habere, verius est, ut conditionem scindere non possit, ne etiam legatum scindatur: igitur quamvis alteri quinque dederit, nullam partem fundi vindicabit, nisi alteri quoque adeunti hereditatem reliqua quinque numeravit, aut, illo omittente hereditatem, ei, qui solus adierit hereditatem, tota decem dederit.* Mortis caussa capiunt filia & uxor apud Scaevolam, heredesque duo apud Julianum: & tamen filiae, que ex asse heres extitit, pro *solido dandum*, inquit Scaevola: atque uno hereditatem omittente, ei, qui solus adierit, *tota decem deberi*, ait Julianus. Ergo pars deficiens uxoris, quae se abstinuit, heredisque, qui omisit hereditatem, ei, qui adiit, adcrescit.

Verum utroque loco qui mortis caussa capiunt, heredes sunt: quod plurimum interest; quum enim testator impleri conditionem vult in persona heredum, rationem habere videtur non tam personarum, quam ipsius hereditatis, quae sive ab omnibus, sive ab uno adeatur, est semper eadem. Haec est verisimilior ejus loci interpretatio. Alias apud Bellonum habes in *cit. quaest. 24.*

C A P U T IV.

JUS ADCRESCENDI IN USUFRUCTU.

IN usufructu locum esse juri adcrescendi monstrat Titulus *De usufructu adcrescendo*, quem hoc capite interpretabor. Quantum ad jus adcrescendi differentiae duae sunt inter usumfructum, & proprietatem: unam dat Ulpianus in *L. 1. §. 3. de usufr. adcr.*: alteram Papinianus in *L. si Titio 33. §. 1. de usufr.* Ulpiani verba sunt, *Interdum tamen, etsi non sint conjuncti* (h. e. si re tantum conjuncti sint, non verbis), *tamen ususfructus legatus alteri adcrescit, utpote si mihi fundi ususfructus separatim totius, & tibi similiter fuerit relictus; Nam* (*ut et Celsus libro octavodecimo Digestorum, & Julianus libro trigesimoquinto scribit*) *concursu partes habemus, quod in proprietate contingeret; nam altero repudiante, alter totum fundum haberet.* Nunc id sequitur, in quo inter usumfructum, & proprietatem non

non convenit : *Sed in usufructu hoc plus est ; quia & constitutus , & postea amissus , nihilominus jus adcrescendi admittit : Omnes enim auctores* (h. e. Sabiniani & Proculiani, uti recte in hunc locum Gothofredus) *apud Plautium de hoc consenserunt : Et (ut Celsus , & Julianus eleganter ajunt) ususfructus quotidie constituitur & legatur : Non ut proprietas eo solo tempore , quo vindicatur . Quum primum itaque non inveniet alter eum , qui sibi concurrat , solus utetur in totum : Nec refert , conjunctim , an separatim relinquatur*. Proprietas concursu semel quaesita ad heredes deficientis transmittitur, *L. un. §. . . C. de cad. toll.* , nam quo primum tempore adquiritur , perfecte & in omne tempus adquiritur , ac , si de ea Dominus aliter non statuat , certe ad heredes transit . Ususfructus concursu quaesitus , tum deficiente fructuario amissus adcrescit conjuncto , quum quia ususfructus tanquam servitus personae heredes non sequitur , tum quoniam non semel & in omne tempus adquiritur , sed pro eo tantum tempore , quo quis utitur fruitur , ita ut quot sunt dies , & vero etiam momenta , tot esse legata videantur: Atque hoc est, quod ait Ulpianus, *usumfructum quotidie constitui, & legari* : Interdum etiam in proprietate pars quaesita , & amissa adcrescit, veluti si pluribus Princeps communiter donaverit , nam si quis eorum nullo herede decesserit , ejus *pars ad consortes* pertinet excluso fisco, *L. un. C. si liberalit. imperial. soc.* : aut si quis heredum , quod voluntati testatoris non paruit, jam adita hereditate privetur; nam pars ei ademta coheredibus adcrescit, *Nov. 1. cap. 1. §. 1.* Alios nonnullos casus habes apud Duarenum *Lib. 1. de jur. adcresc. cap. 21.* Papiniani verba sunt , *Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit : Unde si fundi , vel fructus portio petatur , & absolutione sequuta , postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur; in lite quidem proprietatis, judicatae rei exceptionem obstare , in fructus vero non obstare scribit Julianus : Quoniam portio fundi , velut alluvio , portioni; personae fructus adcresceret*. In proprietate pars parti : In usufructu pars adcrescit personae. Hinc illa juris adcrescendi divisio in reale , & personale. Sunt quidem sexcenti Librorum juris loci , quibus pars etiam quantum ad proprietatem adcrescere dicitur personae conjuncti: verum hoc perinde accipiendum , quasi scriptum, eam adcrescere propter partem , quae est penes eum , nam non alias adcrescit conjuncto , quam si hic partem habeat. Nunc suprascripta Papiniani verba explicemus. Usumfructum in multis casibus partem dominii esse ait Paulus in *L. 4. D. de usufr.* Ita reo in fundum obligato recte accipitur fidejussor in usumfructum, *L. si a reo 70. §. 2. de fidejuss.* , quia fidejussor accipi in partem potest, *L. fidejussores 9. D. eod.* Sunt & alii similes casus, quos proponit Cujacius *in cit. L. 33. §. 1.* Contra in quibusdam casibus non obtinere partis , seu dominii effectum , inquit Papinianus proposito hoc uno casu , Fundi partem petii , & absolutus est is, unde petii ; Tum repudiatione collegatarii altera pars adcrescit. Hanc alteram partem si petam, obstabit mihi exceptio rei judicatae ; nam fundi pars partem sequitur , & parti adcrescit : Haec autem non est penes me. At si petii partem ususfructus , & non obtinui, tum pars altera deficiat, & petam , non obstat mihi exceptio rei judicatae, quia ususfructus hoc casu non est pars dominii, non habet effectum partis, quae partem sequitur , quae parti adcrescit , sed jus personae est , quod per-

personam sequitur, quod adcrescit personae, quae non eo, quod partem amiserit, alteram adquirere vetatur. Scite autem observat Cujacius in *cit. L.* 33. §. 1., ideo exceptionem rei judicatae non obstare, quia licet sit judicatum, partem ususfructus meam non esse, non est tamen judicatum me fructuarium non esse: Facitque Cujaciana haec observatio ut intelligam, qui fiat, ut me in lite proprietatis partem vindicante, & non obtinente, quaeri possit, num altera pars adcrescat: Ea autem vere adcrescat in lite ususfructus. Et res meo judicio ita se habet. Omnino ponendum est, me esse legatarium, sed ponendum est itidem, me, quo tempore legatum defertur, jus capiendi non habere, sicque partem legati non adquirere: Quo autem tempore altera legati pars deficiat, habere me jus capiendi. Papiniani loco adnectendus est locus Ulpiani in *L. si totam* 83. *de adq. her.*, *Si totam an partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere, adparet nihil ei debere adcrescere, quia rem non videtur habere*. In Florentinis Pandectis legitur *totam an partem*. Vulgati libri male habent, *si totam hereditatem, aut partem*; si enim uni relictam ponas totam hereditatem, frustra quaesieris de jure adcrescendi. Tò autem, *si totam an partem* idem est, ac totam eam partem. Veteres *an*, aut *am* pro *eam*, uti *en* pro *eum*, & *san* pro *suam*, dixisse, Verrii Flacci testimonio docet Cujacius *Obs. lib.* 3. *cap.* 38. Sed rem ipsam agamus. Ei, qui tacite, h. e. in fraudem Legis rogatus erat restituere incapaci, auferebat fiscus hereditatem tamquam indigno. Quoniam igitur amittebat partem, si pars altera deficeret, ei non adcrescebat, quamvis retineret nomen heredis. Probat locus iste Ulpiani, jus adcrescendi ad fiscum tanquam conjuncti successorem transire: Quod argumentum fuse tractat Bellonus *De jure adcresc. cap.* 7. *quaest.* 66.

Num itidem transeat ad hereditatis, sive legatae rei emtorem, quaeritur. Et partem deficientem venditori, quamvis rem ipsam non habeat, adcrescere putat Cujacius *obs. Lib.* 12. *cap.* 13., quum quia jus adcrescendi non plus tribuit quam voluit testator: Certe autem hic hereditatem legatumve non alii voluit dari, quam ipsi heredi, legatariove, eive, qui in hujus, illiusve jus universum succederet; tum quoniam vendita hereditate id plerumque agi scribit Ulp. *in L. venditor* 2. §. 15. *de her. vend.*, ut id tantum veneat, quod tempore venditionis pervenerat ad venditorem: Nec obstare, quod dicitur, non adcrescere partem ei, qui suam partem amisit; nam qui hereditatem vendidit, videri eum, quia pretium habet, hereditatem ipsam possidere, scribit Ulpianus in *L. si quis pecuniam* 4. §. *ult. D. si quis omis. caus. test.* Contra emtori adcrescere (quae multo receptior sententia est) docet Duarenus *De jure adcr. Lib.* 2. *cap.* 6., quia res est penes emtorem, cujus etiam lucro cederet, quod post venditionem fundo accederet per alluvionem, cui Papinianus adsimilat jus adcrescendi in *cit. L. Titio* 33. Sensi aliquando cum Cujacio non tam iis, quibus vir ille summus utitur, quam eo argumento motus, quod jus adcrescendi ex conjunctione est: Conjunctus autem in hereditate, aut legato est venditor, non emtor; tum me in contrariam sententiam adduxit Ulpianus in *cit. L. si totam* 83., ubi adcrescere partem ait non heredi, qui conjunctus est, sed fisco, quem nemo dixerit conjunctum: Cujus rei ea esse ratio videtur,
quia

quia pro conjuncto est, qui in conjuncti locum succedit, & rem habet. Atque hoc ipso Ulpiani loco refellitur prius Cujacii argumentum; quis enim adduci potest, ut credat, testatorem voluisse fisco dari hereditatem? Fisco, emtori, aliive singulari successori, qui rem habet, Lex ipsa pro suo in bona civium imperio dat hereditatem, legatumve: Neque id noluisse videtur testator, qui, quum id velle debuerit, quod vult Lex, in quam consensit, id voluisse intelligitur. Nec posterius Cujacii argumentum quidquam valet, nam certi juris est, ea, quae accessionis loco sunt, rei, cui accedunt, venditione comprehendi, *L. Julianus* 13. §. *si quid servo* 18. *de action. emt.*: adcrescentem autem partem accessionis loco esse, non dubitatur. Et scite Ulpianus in *cit. L.* 2. §. 1. ait *plerumque*, quo verbo aliquot regulae casus eximit, ac certe excipit accessiones. Quod vero idem Ulpianus scribit in *cit. L.* 4. §. 2. videri possidere eum, qui hereditatem vendidit, id ego admittendum reor in casu edicti *Si quis omissa caussa testamenti*, quod Ulpianus interpretatur eo loco. Novissime moneo separandas esse hereditates a legatis, fideicommissis, aliisve rebus, quae nobis obveniunt titulo singulari; quoniam enim heres vendita hereditate non desinit esse heres, receptior sententia fert, partem deficientem directo adcrescere venditori, utiliter autem emtori, cui est a venditore inferendum quidquid inde ceperit emolumenti, uti latissime Bellonus *cit. cap.* 7. *qu.* 67. *a num.* 29. Quod si agatur de usufructu, pars deficiens venditori semper adcrescit.

CAPUT V.

JUS ADCRESCENDI EX LEGE.

AD ultimum hoc Partis V. Caput rejeci conjunctionem, quam nostri dictant *legalem*, namque ex mera Lege est. Finge scriptum heredem servum duorum, aut servo duorum legatum fideicommissumve relictum: Hoc, illove casu res per servum venit ad plures, qui sola Legis potestate ad hereditatem, legatum, fideicommissumve vocantur. Finge etiam relictum uni legatum, hunc autem post diem cedentem, sed non dum adgnito legato mori duobus heredibus relictis, ad quos legatum vi sola juris transmittitur, *L. si post diem* 5. *pr. D. quando dies leg. ced.* Hoc quoque casu res per unum mera juris potestate venit ad duos, quorum potest alter partem suam adquirere, alter suam repudiare, *L. legatarius* 38. *pr. de leg.* 1. Et inter plures unius legatarii heredes locum habere jus adcrescendi ex Lege, qua non dum adgnitum legatum trasmittitur, nulla dubitatio est: Nec ambigendum, habere quoque locum inter plures dominos servi heredis scripti, si hic unius eorum jussu adierit hereditatem. *Servus communis*, verba sunt Ulpiani in *L. servus* 67. *de adq. her.*, *ab extero heres institutus, si jussu unius adierit hereditatem, pro majore parte interim heredem eum facit, quam pro dominica: deinde ceteris sociis non jubentibus tacito jure partes ei adcrescunt:* Cujus rei ratio est, ne alioqni testator ex parte testatus, ex parte intestatus decedat. De eo magnis animis disputatur, num,

num, quoniam cessat ea ratio in legatis, fideicommissisve singularibus, sit inter dominos jus adcrescendi, si sint servo communi relicta: & non esse sensit Proculus, quem uterque Celsus pater et filius sequutus est. Ita Celsus filius in *L. & Proculo* 20. *de leg.* 2., *Et Proculo placebat, & a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcresceret, non enim conjunctim, sed partes legatas, nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.* Contra sensit Julianus, cui Ulpianus subscripsit in *L.* 1. §. 1. *de usufr. adcr.*, *Denique apud Julianum libro trigesimo quinto Digestorum quaeritur, si communi servo ususfructus sit relictus, & utrique domino adquisitus; an altero repudiante, vel amittente usumfructum, alter tantum habeat. Et putat, ad alterum pertinere: Et licet Dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro Dominicis adquiratur; tamen persona ejus, non Dominorum, inspecta ad alterum ex Dominis pertinere, non proprietati accedere.* Quod vetus interpres Johannes, ac plerique eum sequuti ajunt, loqui Ulpianum de usufructu, Celsum de proprietate, ac proinde in usufructu jus adcrescendi esse inter servi communis Dominos, in proprietate non esse, id ipsi Celsus, & Ulpianus non patiuntur. Tò *Quod servo communi legatum sit* apud Celsum, quodque pro ratione decidendi mox sequitur, *non enim conjunctim; sed partes legatas*, possunt aeque ad usumfructum atque ad proprietatem referri: Ulpianum non nego nominatim de usufructu loqui, sed subiicit tamen is rationem proprietati communem. Recte Cujacius in *cit. L.* 20. a Juliano dissensisse inquit Celsum, qui saepe ab aliis dissidet. Et vero quae in *cit. L.* 20. adfertur ratio, ea refellitur in *cit. L.* 1. §. 1. Sunt igitur ista Pandectarum loca veteris dissidii reliquiae a Triboniano in libris Justinianaeis per imprudentiam relictae. Proculus, & uterque Celsus in hac controversia personas Dominorum, partesque Dominicas non aequas spectabant; Julianus, & Ulpianus servum ipsum, cujus unius vice plures domini funguntur. Sed tum & idem Tribonianus Pandectis inseruit D. Pii rescriptum, quo tandem finita lis fuit. Extat illud in *L. Plautius* 40. *ad L. Falc.*, ubi Paulus primum ex Cassii sententia scribit, quod servo heredis, & alterius legatur, totum ad socium pertinere, quia in persona heredis consistere non potest: Deinde haec subjicit, *Cassii sententia utimur, nam & D. Pius rescripsit, servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere.*

COM-

COMMENTARII

PARS QUINTA

DE CAUSSIS, IN QUIBUS CESSAT JUS ADCRESCENDI.

MUltae sunt caussae, in quibus cessat jus adcrescendi. Sunt autem quae sequuntur.

CAPUT I.

CONTRACTUS.

DE jure adcrescendi in contractibus latissime disputat Bellonus *cap. 6. qu. 32. 33. 34. 35. ac 36.* Eorum, quae iis capitibus ex recepta nostrorum sententia proponuntur, summa haec est, jus quidem non decrescendi esse in contractibus, si idem in solidum debeatur duobus, horumque unus non concurrat, *L. 2. de duob. reis*: jus autem, quod proprie dicitur adcrescendi, esse itidem in contractibus, quorum caussa est onerosa, *arg. L. fundus 64. de contr. emt.*: in iis, quorum lucrativa est caussa, non esse. Ego nec jus adcrescendi, nec jus decrescendi in contractibus adgnosco. Duo sunt, quibus moveor, alterum, quod quum permulti sint Librorum juris loci, quibus agitur de jure adcrescendi, quo vocabulo ante tempora Justiniani jus etiam non decrescendi comprehendebatur, nullus sit eorum, quo non de ultimis tantum voluntatibus hominum agatur: alterum, quod Justinianus in *L. un. C. de cad. toll.* postquam multa caverat de jure adcrescendi haec habeat §. 14., *Haec autem omnia locum habere censemus tam in testamentis, quam in codicillis, & omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit relictum, nec non in mortis caussa donationibus*: quae verba jus adcrescendi in contractibus prorsus excludunt: quumque ea verba praeeat non solum juris adcrescendi, sed & juris non decrescendi tractatus, patet huic aeque, atque illi locum in contractibus non esse. Non obstat quod inquit Javolenus in *cit. L. 2.* quum duo eandem pecuniam stipulati sunt, ipso jure singulis solidum deberi: nec quod idem scribit *in cit. L. 64.*, si fundum mihi & Titio emi personam Titii supervacuo accipiendam, ideoque totius fundi emtionem ad me pertinere; nam priore casu ut solidum singulis debeatur: posteriore ut totus ad me pertineat fundus, non facit jus sive non decrescendi, sive adcrescendi, sed natura ipsa rei. Priore casu creditor si solidum exegit, id non cogitur eum correo communicare (qua de re Vinnius in §. 2. *Inst. de duob. reis stip.*), tantum abest, ut possit plurium concursus fieri: quod sive de jure adcrescendi, sive

sive de jure non decrescendi agatur, est omnino necessarium. Posteriore casu est quoque verum, concurrere Titium non posse, & secundum ipsius rei naturam est, ut qui unus uno pretio emit, ad eum unum solidus fundus pertineat.

CAPUT II.

SERVITUS INDIVIDUA

IN Titulo Digestorum *De usufructu adcrescendo* solius ususfructus mentio fit: contra in Titulo Digestorum *De usu & usufructu & habitatione & operis per legat. vel fideicommiss. datis* aliae etiam servitutes cum usufructu conjunguntur. Est id argumento, jus adcrescendi esse in solo usufructu, in aliis servitutibus non esse. Et ita quidem postulat ratio juris. Solum usumfructum dividi: ceteras servitutes esse individuas ait Paulus in *L.* 1. §. *si ususfructus* 9. *ad L. Falcid.*: in re autem individua locus esse non potest juri adcrescendi, nam partes concursu fieri non possunt. Et non solum jus adcrescendi, sed & jus non decrescendi in individuis cessat, nam non decrescere est non deminui, quod minui tamen poterat. Ut igitur singulis tota servitus debeatur, id non jus non decrescendi, sed ipsa rei natura facit. Accedit, quod individua servitus pluribus relicta non una est, sed multiplex. *V. Bellon, cap. 6. quaest.* 42.

CAPUT III.

CONTRARIA TESTATORIS VOLUNTAS.

JUris adcrescendi caussam esse voluntatem, aut hominis, aut legis, abunde est *Princip. hujus Comm.* demonstratum: & voluntatem quidem hominis, si non admisso jure adcrescendi nullum in jure absurdum sequatur, ut in legatis, fideicommissisve contingit: voluntatem autem legis, si & non admisso, aliquid sequatur absurdi, uti contingit in hereditatibus, quas jus nostrum non patitur ex testamento, & ab intestato simul deferri. His consequens est, posteriore hoc casu non posse voluntatem hominis facere, ne juri adcrescendi sit locus, namque homini non alias testari permittitur, quam si testatur secundum regulas juris civilis, *L. si quaeramus* 4. *D. qui testam. fac.*: priore illo cessare jus adcrescendi, si id malit testator; nec interesse, num voluntatem istam suam expressim declaret, an idoneum aliquod ejus indicium faciat, veluti si substituat legatario, quem cum aliis conjunxerat. Adeo autem verum est posse testatorem, si nihil sequatur absurdi, jus adcrescendi prohibere, ut prohibere id etiam possit in ipsis hereditatibus, si plures duobus scribat heredes, horumque uni adcrescere partem vetet, nam si duorum aliorum unus deficiat, hujus pars alteri adcrescit, qui testamenti caussam tuetur.

Illud

Illud venit in quaestionem, num, si testator jus adcrescendi prohibeat contra leges prohibitio vetetur, an testamentum. Veteres juris interpretes apud Bellonum *cap.* 10. *quaest.* 17. plures casus fingunt, quorum non unam esse rationem putant. Ego, sive testator heredem universalem scribat certa re excepta, sive scribat heredem ex certa hereditatis parte, huicque adcrescere reliquam vetet, sive ex re certa heredem scribat, & jus adcrescendi prohibeat, (quos illi casus fingunt) prohibitionem salvo testamento vitiari contendo. Movet me locus Licinii in *L. si ita* 74. *de her. inst.*, *Si ita quis heres institutus fuerit, excepto fundo, excepto usufructu heres esto, perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset.* Qui fundum, aut usufructum excipit, hunc, illumve prohibet adcrescere: & nullam prohibitionis ipsius vim esse, ait Rufinus. Me itidem movet Imperatorum Severi & Antonini rescriptum apud Marcianum in *L. si quis* 29. *ad Trebell.*, *Imperatores Severus & Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat sic, qui priore testamento scripti fuerunt, propter inserta fideicommissaria verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet. Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.* Qui heredem scribit ex re certa, adcrescere ei reliquam vetat, maxime quum expresse vult valere prius testamentum, quo alter institutus est heres, & certe illius rei mentionem pro non facta esse, ac proinde non valere prohibitionem Imperatores rescribunt. Quae autem est ratio, cur herede scripto ex asse excepta re certa, aut herede ex certa tantum re scripto, prohibitio juris adcrescendi non valeat, ea ipsa ratio est, cur non debeat valere, si ex certa hereditatis parte sit scriptus. Perridiculum est autem, quod contrariae sententiae auctores reponunt. Novissima Marciani verba, *& ita intelligendum est &c.* accipiunt illi hoc sensu, posterius testamentum perinde ac si non sit facta certarum rerum mentio, valere, si non aliquid in eo scriptum sit contra ipsius testamenti vim, h. e. nisi specialiter & expresse inserta sit prohibitio juris adcrescendi: quo casu non valere posterius, ac proinde prius non tolli ajunt.

Ad Imperatorum, & Marciani verba animum attendenti patebir, *To specialiter contrarium* non referri ad vim ipsius testamenti, sed ad onus restitutionis; Marciani enim verba, *Et hoc ita intelligendum est &c.* its Imperatorum verbis adnectuntur, quibus de hereditate agitur heredibus priore testamento scriptis restituenda. Est igitur haec illorum sententia, heredem secundo testamento scriptum certis rebus sibi datis contentum restituere debere heredibus primo scriptis *hereditatem*, subaudi totam, si non aliquam ejus partem specialiter aliis eum restituere voluerit testator. In Severi, & Antonini rescripto pro *Cumpano*, ut in ipsis Florentinis Pandectis legitur, est omnino legendum *Campano*. *Vide A. Augustinum De nomin. propr. Pandect. cap.* 3. Porro quae dicitur *quarta ex lege Falcidia*, ea est *Irebelliani-ca*. Eadem abusio est in *L.* 1. §. 19. *ad Trebell.*, aliisque multis ejus Tituli locis.

Ex dictis conficitur, falsum esse quod ex receptiore nostrorum sententia docet Bellonus *cit. cap. 10. qu. 18. a num 5.*, testatorem, qui heredem certa re contentum esse jubet, sicque prohibet jus adcrescendi, id velle videri, ut reliqua hereditas ex fideicommisso restituatur, quibus esset deferenda ab intestato. Huic opinioni aperte adversatur duplex ille, quem transcripsi, Licinii Rufini, ac Marciani locus. Et locus quidem Marciani facit, ut eo tantum casu opinionem ipsam jure possis tueri, si qua sint inserta in hujus illiusve personae gratiam verba fideicommissi. Facere non possum, quia adscribam sane pulcrum Papiniani locum in *L. peto 69. pr. de leg. 2.*, *Peto Luci Titi contentus sis centum aureis, fideicommissum valere, placuit; idque rescriptum est. Quid ergo si quum heredem ex parte instituisset, ita loquutus est, Peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis? Petere poterunt coheredes partem hereditatis. retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi* (h.e. in primo exemplo) *fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est loquutus. Idem dicemus si cum ex asse scripsisset heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.* Lucius Titius, quem primum alloquitur testator, non heres est, qui fideicommisso oneratur, sed is, qui honoratur fideicommisso: Neque est is idem Lucius Titius, quem dein alloquitur. Est hic heres ex parte scriptus, qui verbis illis *peto pro parte tua contentus sis centum aureis* intelligitur rogatus reliquam partem coheredibus restituere. Principio verba fideicommissi ad eum dirigi oportebat, quem onerabat testator, non ad eum, quem honorabat: tum dirigi verba etiam ad eum, qui honorabatur, ut in primo Papiniani exemplo, permissum est Constitutionibus Imperatorum, quod spectant τὸ *placuit*, ac τὸ *rescriptum est*. Quoniam autem juris ratio postulat, ut verba ad eum potius dirigantur, qui oneratur, recte inquit Papinianus, *facilius esse hoc probare* (id est fideicommissum in secundo, quod proxime praeit, exemplo propositum verbis ad heredem directis) *quam probari potuit illud* (id est fideicommissum propositum in primo exemplo verbis ad fideicommissarium ipsum directis) *quum ibi* (id est in primo illo exemplo) *fideicommissum petitur ab his* (hi sunt quibuscum agitur, non qui agunt) *quibus testator non est loquutus*, id est, quos nominatim non oneravit. Caepit tandem utiliter relinqui fideicommissum directis ad eum verbis, qui neque oneratur, neque honoratur: Ejusque exemplum est apud eundem Papinianum in *L. quum pater 77. §. donationis 26. eod.* subjecta ea ratione, *non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur*, h. e. cujus gratia testator iis verbis utatur: cui & illud est consequens, in casu, in quo versamur, non alias posse in gratiam legitimorum heredum induci fideicommissum, quam si adpareat, testatorem in eos direxisse voluntatis intentionem, ut in tertio illo Papiniani exemplo, *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis*, ubi expressa heredis legitimi mentio facit, ut in ejus gratiam inducatur fideicommissum: tantum abest, ut herede scripto ex re certa, adjecta prohibitione juris adcrescendi, restituenda sit hereditas

ditas iis, quibus esset ab intestato deferenda. Antequam a Papiniano abeam, moneo, aliud esse *retinere*, aliud *praecipere*. Retentio, inquit elegantissime Cujacius, est facti: Praeceptio fit beneficio actionis. Moneo etiam, hereditates, quae deferuntur ab intestato, recte dici *redire*, quia ad eandem familiam, adgnationemque recurrunt, ad quam vel ante obitum ultimi possessoris pertinere bona videbantur. *Vide a nobis scripta de hac re Inst. repetitae praelectionis Tom. 2.*

CAPUT VI.

MILITARE TESTAMENTUM.

QUod in militari testamento nuda hominis voluntas spectatur, certi juris esse debet, in eo esse jus adcrescendi, si miles velit, non esse, si nolit. De eo dubitatur, num, si nihil expresserit miles, sit in ejus testamento, ut in testamento pagani, locus juri adcrescendi. Et non solum in legatis, fideicommissisve, sed etiam in hereditatibus jus illud adcrescendi locum habet, quod ex sermone testatoris esse dixi *Princip. hujus Comm.*, quippe quod non juris necessitas inducit, sed conjectura voluntatis, cujus eadem vis est in milite, quae in pagano. Et quantum ad legata, id non obscure docet Marcellus in *L. si miles* 31. *D. de test. mil.*, *Si miles Titio & Sejo servum legaverit, & eum Titius manumisisset de liberante Sejo, moxque is legatum omisisset, liberandum fore dico*. Titius servum sibi, ac Sejo legatum solus manumittens nihil agebat. Et temporibus quidem Marcelli si quis servum communem sine consensu socii manumittebat, pars ejus amittebatur, & socio adcrescebat: Quod primus mutavit Justinianus in *L.*1. *C. de comm. serv. man.*, sed omittente legatum Sejo, servum fore liberandum ait Marcellus. Quid ita? Quia pars socii deficiens Titio adcrescebat. Idem jus esse de jure adcrescendi hereditario, quod ex sermone testatoris, seu ex conjunctione est, eadem juris ratio evincit. Quod si militem fingas castrensia bona a non castrensibus separasse, & aut unum castrensium, alterum non castrensium heredem instituisse, aut de alterutro tantum bonorum genere statuisse, verius est, nullum fieri locum juri adcrescendi, quum enim mori miles possit ex parte testatus, ex parte intestatus, cessat utroque casu necessitas illa juris, quae deficiente conjunctione, atque adeo conjectura voluntatis sola inducit jus adcrescendi. Confirmant id multi juris loci. Primus est in *L. de hereditate* 19. (in Vulgatis deest Tó. *de* (*V. Alciat. Disp. Lib.* 4. c. 17.) §. *filiusfam.* 2. D. *de castr. pec.*, ubi Tryphoninus, *Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum*: *Et dum ignorat patri se suum heredem exitisse, decessit. Non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse: Quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit: Quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori: Quod jus iste non habuerit: Non magis quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.*

tes. Loquitur Tryphoninus de veterano, h. e. de eo, qui fuit miles, huncque militi opponit: Et veteranum inquit mori non posse pro parte testatum, pro parte intestatum, utitur enim is jure communi §. 3. *Inst. de mil. test.*, militem posse jure singulari. Quoniam autem ex eo, quod mori veteranus non potest ex parte testatus, ex parte intestatus, colligit Tryphoninus, heredem ex certa re scriptum ex asse heredem esse, tacitus monet aliud jus esse, si non veteranus, sed miles de castrensibus tantum bonis testetur.

Secundus multo luculentior est in *L. filius qui patri* 42. §. 1. *D. de bon. libert.*, ubi Papinianus, *Castrensium bonorum Titium libertus heredem facit, caeterorum alium. Adita est a Titio hereditas. Magis nobis placet, nondum patronum bonorum possessionem contra tabulas petere posse. Verum illa quaestio intervenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit*, (destinatione defuncti, non re ipsa) *perinde Titio adcrescant, ac, si partem ejusdem hereditatis accepisset*). Vides, castrensia, & non castrensia duas potius duorum hominum hereditates esse, quam unam unius, qua de re mox), *verius mihi videtur intestati jure deferri bona caetera. Titius igitur heres non poterit invitare manumissorem, eum Titio nihil auferatur, nec caeteris bonis, quae nondum ad caussam testamenti pertinent.* Ratio, cur adita a solo herede castrensium hereditate non dum competat patrono bonorum possessio contra tabulas, haec est, quia in bona castrensia nec patrono, nec patri praeterito ea possessio datur: Estque hoc inter privilegia militum, *L. si milite* 29. §. *ult.*, & *L.*30. *de milit. test.* Ergo in bona non castrensia competit ea possessio patrono; sed expectare is debet, ut non castrensium heres adeat, namque hic antequam adeat non est heres: illi autem possessio competit contra heredem, non, ut filio praeterito, contra ipsum testamentum: Cujus differentiae rationem hanc sane pulcram reddit Cujacius in *cit. L.* 42. §. 1., quia bonorum possessio, quae datur filio praeterito, assem persequitur: Quae datur patrono, persequitur certam partem tantum, puta semissem, vel hodie trientem: Unde partienda hereditas est inter heredem scriptum, & patronum, & consequenter heredem prius esse oportet, cum quo partiatur patronus, cui, si heres scriptus repudiet, non certae partis, sed assis possessio dabitur ab intestato, *L. si libertus* 23. *de bon. libert.* Jam omittente eo, qui non castrensium bonorum scriptus est heres, haec ait Papinianus intestati jure deferri, subaudi patrono per bonorum possessionem unde legitimi, non enim casus extitit bonorum possessionis contra tabulas; sicque libertum militem excluso jure adcrescendi ex parte testatum, ex parte intestatum mori. Explicanda nunc est postrema Papinianei textus particula. Non posse inquit Papinianus Titium heredem castrensium invitare manumissorem, h. e. patronum, quum nihil Titio auferatur. Sensus est non posse Titium efficere, ut petere patronus possit bonorum possessionem contra tabulas, cui secundum ea quae dicta sunt, in bonis castrensibus non est locus. Addit Papinianus, nec Titio castrensium heredi quidquam posse patronum auferre, nec ceteris bonis non castrensibus, licet in his esse locus posset bonorum possessioni contra tabulas, quia bona ista non castrensia ad testamenti caussam nondum pertinent. *Tò non dum* positum nonnulli putant *pro non*: Cujus significationis vix est ut ullum possit idoneum exemplum pro-

proferri. Ego nativam ejus vocis significationem retineo, qua significatione initio textus eadem voce usus est Papinianus, ejusque vocis argumento arbitror Papinianum, qui principio heredem non castrensium adhuc deliberantem finxerat, tum eum finxit hereditatem omisisse, in postrema textus particula ad primam hypothesim rediisse. Papiniani sententia haec est, non posse patronum quidquam auferre ex castrensibus bonis, quia horum caussa deliberante non castrensium herede in suspenso est, & non adita ab eo hereditate, deferuntur jure intestati: quo casu locum habet bonorum possessio unde legitimi, non bonorum possessio contra tabulas. Mirum quam male fuerit locus iste Papiniani a veteribus acceptus. Sequuti sunt illi vulgatam lectionem plane mendosam. In vulgatis libris legitur, *ab intestato adita est a Titio hereditas*. Τὸ ab *intestato* non est in Pandectis Florentinis, nec potest rei convenire, quam Papinianus proponit. Porro in vulgatis libris legitur, *Titius igitur heres non poterit evitare manumissorem, quum Titio nihil auferatur in certis bonis*, quam lectionem Florentini Codicis auctoritas, non patitur, multoque minus quod subjicit Papinianus, *quae non dum ad caussam testamenti pertinent*; nam si legas *in certis bonis*, haec esse dicas necesse est bona Titii, & castrensia, de quibus dici nullo modo potest, quod de iis dicitur, *non dum pertinere ad caussam testamenti*.

Tertius est in *L.* 1. *C. de test. milit.*, ubi Imp. Antoninus, *Frater tuus miles si te specialiter in bonis quae in paganico habebat, heredem fecit; bona quae in castris reliquit, petere non potes, etiam si is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit; sed ab intestato succedentes veniunt, modo si in ejus locum substitutus non es, & liquido probetur* (in antiquo manu rescripto A. Contii rectius legitur *probatur*, sicque legendum probat τὸ *ea*, quod praeit) *fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse; nam voluntas militis in expeditione occupati pro jure servatur*. Quid clarius? Jure quidem substitutionis, non jure adcrescendi castrensia bona ad heredem non castrensium pertinere Antoninus rescribit. Illud est in obscuro, quod post τὸ *si in ejus locum substitutus non es* ait Imperator, *& liquido probetur, fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse*. Quo heres in bonis paganicis scriptus a legitimis heredibus excludatur, non est satis, non fuisse eum heredi in castrensibus scripto substitutum; sed & liquido probari ab heredibus legitimis est opus, noluisse militem castrensia bona ad eum pertinere. Quid autem magis absurdum, quam ab intestato succedentibus imponi onus probandi, id militem noluisse? Onus probandi, voluisse militem, ut hereditas ab uno omissa alteri adcrescat incumbere debere heredi scripto, illud est argumento, quod facta a milite bonorum separatione contra heredem scriptum est omnino praesumendum. *Si duobus*, verba sunt Pauli in *L.* 37. *de test. mil.*, *a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles & pro parte testari potest, & competit patrono ab intestato bonorum possessio* unde legitimi. Ecce tibi regulam juris heredi scripto contrariam. Continuo sequitur heredis exceptio in haec verba, *nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem*: Onus autem probandi exceptionem ei, qui excipit, ac proinde heredi incumbere non dubitatur. Et certe cum Paulo Jurisconsulto sentiendum. Nec mo-

moveor rescripto Antonini in speciem contrario, quamvis optimorum quorumque interpretum ingenia exercuerit, & nominatim Duareni in *tit. D. de milit. test. cap. 6.*, ac Donelli in *cit. L. c.* Verba *& liquido probatur* &c. nullum probandi onus imponunt succedentibus ab intestato, sed praesumtionem continent ex ipso testamento pro legitimis heredibus enascentem, quasi scripserit Antoninus, quoniam non es substitutus, & ex ipsa bonorum separatione liquido probatur, voluisse militem pro parte intestatum mori, ideo bona, quae in castris reliquit, petere non potes: Cui interpretationi favet lectio Contiani illius manuscripti.

Antonini rescripto in *cit. L. 1.* adnectendum est alterum ejusdem Antonini rescriptum in *L. 2. C. eod.* in haec verba, *Miles, si castrensium tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem, caetera bona ejus ut intestati defuncti mater ejus jure possidebit. Quod si extraneum scripserit heredem, isque adiit hereditatem, bona ejus in te transferri, non jure desideras.* Prior istius rescripti pars illud idem probat, quod tribus juris locis jam satis probatum est: Nec Τὸ *tantummodo* esse argumento potest, hoc uno casu excludi jus adcrescendi, si quam testator adponat ex iis particulis, quas nostri *taxativas* dicunt: Primum enim Τὸ *tantummodo* magis videtur esse Imperatoris, quam testatoris: Deinde castrensium, & non castrensium bonorum distinctio, aut expressa horum tantum illorumve commemoratio facit, ut ea particula subaudiatur. Quoniam autem in priore rescripti parte, qua jus adcrescendi excluditur, heres est commilito.: In posteriore heres est extraneus, videtur referre, num commilito, an extraneus, h. e. non commilito heres instituatur: Quod veteribus nonnullis teste Accursio visum. Sed certe Antoninus in priore rescripti parte commilitonis meminit, in posteriore meminit extranei, quia ita casus inciderat: Filius miles commilitonem ex castrensibus, extraneum ex non castrensibus heredem instituerat. Rescripsit Imperator, si extraneus adiit, nullum matris jus esse, successuram autem ab intestato, si solum commilitonem ex certo bonorum genere instituisset. Fortasse Antoninus minus scripsit, plus voluit. Scribere is voluit. *Quod si etiam extraneum*, h. e. non solum commilitonem ex castrensibus, sed & extraneum ex non castrensibus scripsit heredem. Et vide quae nunc animum subeat conjectura scripsisse Antoninum puto, *quod si etiam extraneum*, scriptum autem initio *&* pro *etiam*, tum Τὸ *&* omissum a librariis, quas primae sequentis vocis literae deceperunt.

Quartus juris locus est in *L. si certarum 17. §. 1. de test. milit.*, ubi haec sunt Gaji verba, *Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium caeterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset: Extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua caussa debeatur militi, vel huic heredi, vel illi, ipso jure debeatur.* Res castrenses uni, non castrenses alii relictae quasi duas faciunt duorum hominum hereditates: Quo fit, ut inter eos non sit familiae erciscundae judicium, quasi non sint coheredes, *L. heredes 25. §. 1. fam.*

fam. erc. : In diversis autem hereditatibus, & inter non coheredes locus esse juri adcrescendi non potest.

Dictis videtur obstare ejusdem Antonini rescriptum in *L. quamquam 3.C. de test. milit, Quamquam militum testamenta juris vinculis non subjiciantur, quum propter simplicitatem militarem, quomodo velint & quomodo possint, ea facere his concedatur; tamen in Valeriani quondam centurionis testamento institutio etiam jure communi accepit auctoritatem; nam quum paterfamilias filiam ex duabus unciis, uxorem ex uncia heredes scripserit, nec de residuis portionibus quidquam significaverit; in tres partes divisisse eum adparet hereditatem; ut duas habeat, quae sextantem accepit; tertiam, quae ex uncia heres est instituta.* Uxor & filia, quamvis haec ex duabus tantum unciis, illa tantum ex una scriptae heredes, totam jure adcrescendi capiunt hereditatem. Sed aliud est unum castrensium, alterum non castrensium heredem scribere, aut de uno tantum genere bonorum statuere nulla aliorum bonorum mentione facta: aliud ex una, pluribusve unciis assem non explentibus facere heredem. Res castrenses, vel non castrenses sunt certae res: unciae vero non certae res sunt, sed certae partes hereditatis. Et recte scribit Peretius in *Tit. C. de test. milit. num.* 13., partem esse juris, rem facti, quia qui rem certam dicit, is rem dicit ab omni alia re separatam: qui dicit partem, is rem dicit, quae intelligi non potest, nisi cum toto conjuncta. Miles, qui ex certa tantum re scribit heredem, ad hunc pertinere non vult reliquum hereditatis: quod jure singulari potest velle. Contra miles, qui ex una pluribusve unciis assem non explentibus unum pluresve heredes facit, videtur testari jure communi, quo licet duodecim unciae assem faciant, liberum testatori est assem redigere ad pauciores eo numero uncias, & vero etiam ad unam, eo, quod hereditatis est reliquum, uni pluribusve heredibus pro hereditariis portionibus tacite adcrescente, §. 5. & 7. *Inst. de her. inst. & L. interdum* 13. §. 1. 2. & 3. *D. eod.*

Non videtur explicari alias posse Antonini rescriptum in *cit. L.* 3. Verum ecce novus nobis obex occurrit. Apud Tribonianum in *cit.* §. 5. scriptum est, *Tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, & si unum tantum quis ex semisse heredem scripserit, totus tas in semisse erit; neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur.* Exemplum unius heredis ex semisse scripti, & verba illa, *nisi sit miles* &c. apertissime probant, si miles heredem ex semisse scribat, alterum semissem intestati jure deferri, & semis tamen non certa res est, & facti, sed quota hereditatis est, & juris. Male me habet locus iste Triboniani. Num verba *nisi sit miles* &c. exceptionem continent non ejus, quod ibi definitur, sed rationis, qua juris definitio firmatur? Ita Glossa in *cit.* §. 5. Sed obstat auctoritas Theophili, qui eum §. enarrans scribit, si miles heredem instituat ex quadrante, legitimos heredes dodrantem accepturos. Num hic erravit, ut non raro alibi, Graecus ille, ut ut magni nominis, interpres? Id ego verius puto quam quod illi putant, qui locum illum Institutionum cum Theophilo interpretantur, in specie Antonini uxorem & filiam totam capere hereditatem, non quia unciis, ex quibus eas Centurio heredes fecerat, residuae portiones adcrescunt, sed quia hereditatem tribuerat testator in partes

tes

tes tres, quas per errorem uncias appellavit. Et vero istius interpretationis nullum in ejus rescripti verbis indicium est: quin interpretationem istam illud prorsus excludit, quod ait Antoninus, Centurionis illius testamentum *etiam jure communi accipere auctoritatem*; jure autem communi unciae, ex quibus unus, pluresve heredes scripti sunt, quamvis non compleant, totum tamen assem comprehendunt, non quia errasse testator creditur, sed quia creditur assem redigere ad eas uncias voluisse.

Restat, ut videamus, num quod de milite unum ex castrensibus, alterum ex non castrensibus heredem instituente dictum est, dici itidem debeat de milite, qui quum alia uno, alia alio loco bona habeat, aut alia materna, alia paterna unum ex bonis, quae uno, alterum ex bonis, quae alio loco sunt, aut unum ex maternis, alterum ex paternis instituit heredem. Et a plerisque veterum, quos sequitur Cujacius in *L. qui non militabat* 78. *pr. de her. inst.*, ita traditum est, quamvis bona a bonis loco, aliove modo separentur, nisi castrensium, & non castrensium mentio fiat, locum esse juri adcrescendi. Et ita docet non obscure Gajus in *L. si certarum* 17. *pr. & §. 1. de test. milit.*, *Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium caeterarum rerum valebit institutio, perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos instituisset: resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset. Julianus etiam ait: si quis alium caeterarum scripsisset: quasi duorum hominum duas hereditates intelligi*. Aperte separat Gajus alterum ab altero casu, nempe casum, quo urbana praedia a rusticis separavit miles, a casu, quo castrensia a non castrensibus separavit, Posteriore hoc casu jus adcrescendi excludit iis verbis, *quasi duorum hominum duas hereditates intelligi*: priore illo valere ait institutionem, ac proinde haberi, atque si heredes scripti sint sine partibus: quod significat, tres illos heredis ex aequis partibus scriptos intelligi, quamvis pluris valeant urbana praedia, quam rustica, & pluris haec quam reliqua ex quibus tertius est scriptus heres. Huc etiam pertinet Papiniani locus in cit. L. 78. *pr.*, *Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit: paternorum, quae habebat in Syria, Titium Jure semisses ambos habere constitit; sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adjudicationibus, & interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva falcidia, scilicet ut quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur*. Locum hunc Papiniani multo quam alii, melius explicavit magnus ille Papiniani interpres Cujacius. Finge. Testator bona habens materna in Pannonia, paterna in Siria, horum heredem scripsit Titium, illorum libertum. Hoc casu quamvis materna pluris valeant, quam paterna, tamen duos illos heredes jure semisses habere, sicque ex aequo heredes esse Libertum ac Titium, inquit Papinianus, non enim civile jus patitur heredes scribi certarum rerum, certorumve bonorum. Quod autem de eo loquitur Papinianus, *qui non militabat*, ex eo ne colligas, aliud jus esse, si miles testetur. Non militantis mentio fit, quia mox fit etiam mentio Falcidiae, cui in testamento militis non est locus, L. 12. D. *de milit. test. & L. 7. C. ad L. Falc.* Verum haec ita cauta sunt jure subtili, quo sensu accipiendum Τὸ *jure* apud Papinianum, uti rectissime Cujacius. Caeterum judex fami-

familiae herciscundae *arbitrer*. Papiniano dictus supremam testatoris voluntatem sequetur *factis adjudicationibus* : quod ut probe intelligas, finge hereditatem esse quadringentorum, & materna bona valere trecentis, paterna centum. Hoc casu semissem bonorum maternorum, i. e. centum quinquaginta, quem jure habebat Titius in iis bonis, cedet Titius Liberto: & vicissim libertus semissem, quem jure habebat in paternis, i. e. quinquaginta, Titio cedet: sicque libertus dimidium trecentorum capiet jure institutionis a seipso, dimidium jure praelegati a Titio coherede: & vicissim Titius quinquaginta a seipso capiet jure institutionis, totidemque a liberto coherede jure praelegati: sicque Papiniani locum illustrant suprascripta illa Gaji verba, *Resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset*.

Quoniam vero potest alienum aes emergere, aut novum onus legatorum ex codicillis recens repertis, arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem *interpositis propter actiones cautionibus* sequi debere ; porro ait Papinianus *salva Falcidia, scilicet ut quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur*, ubi cautiones sunt stipulationes datis fidejussoribus interpositae inter libertum ac Titium, *propter actiones* subaudi creditorum, legatariorumque postea emergentium, qui nulla habita praelegatorum ratione hereditatem sequuntur, ac proinde duos illos semisses, quos libertum ac Titium subtili jure habere, ait Papinianus. Iis autem stipulationibus libertus Titio, itemque Titius liberto promittet, se quod amplius caeperit quam per legem Falcidiam liceat, redditurum. Atque hic etiam finge cum Accursio & Cujacio, post factas adjudicationes, atque interpositas cautiones prolatos ex inopinato codicillos, quibus testator ab heredibus testamento scriptis centum viginti Maevio legaverat. Hoc casu cum liberto ac Titio Maevius aget pro hereditariis portionibus, i. e. pro semisse cum liberto, ac pro semisse itidem cum Titio, sicque sexaginta ab uno, totidemque accipiet ab altero, remanentibus penes libertum ducentis quadraginta, quorum partem jure hereditario, partem capit jure legati, quadraginta penes Titium, qui itidem viginti jure hereditario, viginti jure legati capit. Quoniam autem Titius in Falcidiam cogitur imputare tantum viginti, quae capit jure hereditario, non viginti, quae jure legati capit, *L. in quartam 91. ad L. Falc.*, & quadrans hereditariae portionis sunt quinquaginta, patet Titio triginta ad Falcidiam deesse. Nunc quaeritur, num possit Titius triginta isthaec petere a liberto. Et ait Papinianus, eum *doli ratione*, h. e. propter exceptionem doli, qua submoveretur, si a liberto peteret triginta, debere *quadranti retinendo compensare*, hoc est compensare cum Falcidia, & in Falcidiam imputare *quod vice mutua praestaret*, h. e. illud etiam, quod vice mutua accepit a coherede jure legati: sicque quum jure legati jam habeat viginti, his in Falcidiam imputatis a coherede petet decem. Non idem jus est, si eadem centum viginti sint aes alienum, & sexaginta a liberto, totidemque a Titio creditor accipiat; quoniam enim bona intelliguntur deducto aere alieno, in bonis defuncti erunt ducenta octoginta, non trecenta, sicque liberti semis erunt centum quadraginta, totidemque Titii semis, & quarta huic, illive debita triginta quinque: proinde quum solutis creditori a Titio sexaginta, penes Ti-

 tium

tium remaneant quadraginta, h. e. quinque supra Falcidiam, nihil ei refundere libertus debet. Sunt & alia apud Cujacium, quem, si vacat, adi. Quaerenti autem tibi, cur separatis castrensibus & non castrensibus bonis quasi duorum hominum hereditates intelligantur, respondeo, id eo fieri, quia miles, ea separatione facta, videtur velle jure militari testari, sicque duas hereditates relinquere unam heredibus testamento scriptis, alteram venientibus ab intestato. Voluntatis istius indicio est expressa castrensium, aut non castrensium bonorum mentio: unde facile adducor ut probem, quod Baldus, Paulus de Castro, aliique non pauci tradunt, si miles solo loco separet bona, quaeque hic sunt, castrensia: quae illic, non castrensia sint, intelligi jure communi testatum.

CAPUT VII.

ALIMENTA.

Ait Papinianus in *L. dominus* 57. §. 1. *de usufructu*, *Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad Dominum proprietatis recurrit*. De usufructu loquitur Papinianus: in eo autem esse juri adcrescendi locum non ambigitur. Ergo quid caussae est, cur Papinianus fructum praediorum libertis relictum ponens (quae est formula mixtae conjunctionis), partem morte unius ex libertis deficientem recurrere dicat ad Dominum proprietatis, quum tamen collibertis superstitibus adcrescere deberet? Si testator libertis fructum praediorum legasset non adjectis iis *ob alimenta*, nulla esset dubitatio quin pars deficiens aliis collibertis adcresceret. Τὸ *ob alimenta* excludit jus adcrescendi; qui enim pluribus fructum legat ob alimenta, videtur noluisse singulos quidquam habere ultra modum: & vero alimentorum certus est modus. Cessat igitur hoc casu jus adcrescendi ex conjectura voluntatis testatoris. Huc refert Duarenus *De jure adcr. lib.* 2. *cap.* 14. quod vulgo dicitur, legatum alimentorum non multiplicari, *L. alimenta* 16. §. 2. *D. de alim. leg.*: atque huc itidem refert Cujacius, quod in *L. in agris* 16. *de adq. rer. dom.* scribit Florentinus, *in agris limitatis locum non habere jus alluvionis*, cui simile est jus adcrescendi, *L. si Titio* 33. §. 2. *de usufr.*

Obstare videtur Modestini responsum in *L.* 41. *D. de alim. leg.*, ubi proponitur fideicommissum libertis relictum Graecis verbis, latine sic redditis, *Libertis, libertabusque meis, quos vivens in testamento & codicillis manumisi, vel manumittam, dari volo mea praedia, quae in Chio insula habeo, ad hoc ut quaecumque vivente me acceperint, constituantur eis cibarii & vestiarii nomine*. Graeca Digestorum verba Latine interpretatum Pisanum quendam nomine Berguntionem ferunt. Verborum *ad hoc*, & eorum, quae sequuntur hic est sensus, ut ex iis praedis ipsimet percipiant, quae ego cibarii & vestiarii nomine vivens praestabam. Tum multa in quaestionem venisse ait Modestinus, quorum unum ad rem facit, id est, num si unus libertorum ante diem fideicommissi cedentem moreretur, pars ejus ad ceteros

teros fideicommissarios pertineret. Et pertinere Modestinus respondit.

Sed certe is Modestini locus non obstat. In specie, quam proponit Modestinus, ipsa praedia fuisse libertis relicta, ex verbis ipsis testamenti constat: aliud est autem pluribus alimenta relinquere, aliud relinquere praedia, ex quibus ii capiunt alimenta. Quum alimenta pluribus relinquuntur, certus singulis praescribitur modus, qui excludit jus adcrescendi. Quum relinquuntur praedia, unde alimenta percipiantur, proprietas ipsa praediorum relinquitur, uti apertissime docet Modestinus: quae proprietas facit, ut non ipsa alimenta videantur relicta: quae est ratio ejus quod mox subjicit Modestinus, si plus sit in reditibus, quam in cibariis, h. e. si quid modum alimentorum excedat, id pertinere ad libertos.

CAPUT VIII.

SUCCESSIO EX JURE SINGULARI, ET CONTRA VOLUNTATEM DEFUNCTI.

QUandoque fit, ut jure singulari & contra testatoris voluntatem succedamus. Hoc casu non est juri adcrescendi locus. Exemplum est apud Papinianum in *L. mulieri* 74. *de cond. & dem.* *Mulieri, & Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit, quandiu Titius & vivit, & in eodem statu erit, partem ususfructus habebit; tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset: nec, si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.* Lex, cujus meminit hoc loco Papinianus, est Lex Julia & Papia, qua heredibus, legatariis, fideicommissariisve remittitur conditio *si non nupserit* tanquam publicae utilitati contraria: quod argumentum fuse sum persequutus in *Comment. De Condit. & demonstr. cap.* 4. Sed hoc verum est, si in conditione sint nuptiae ejus, qui hereditate, legato, fideicommissove honoratur. Si ita scriptum sit, *Sejae, si non nupserit, lego*, conditio pro non scripta est, quia in conditione sunt ejus nuptiae, cui legatur: at si sit scriptum, *Titio lego, si Seja non nupserit*, non remittitur conditio, quia in conditione sunt nuptiae Sejae, cui nihil legatur: proinde Titius nubente Seja deficitur conditione. Venio nunc ad Papinianum. Ponit is legatum mulieri ac Titio usumfructum sub conditione, si ea mulier non nupserit. Conditio haec certe remittitur mulieri. Ergo haec dimidiam ususfructus capiet, quasi pure legatam. Non esset remittenda Titio, cujus nuptiae in conditione non sunt: & nihilominus Titio itidem remittitur. Non est novum, ut quod quis non habet per se, habeat per alium, aut propter alium, *L. si communem Quemadm. serv. amit.*, *L. cum hereditate D. de adq. her.* Ergo quamvis mulier nubat, sicque Titius conditione deficiatur, dimidia ususfructus Titio debetur *quamdiu vivit*, namque ususfructus morte fructuarii exstinguitur, & *in eodem statu erit*, namque, ut morte, ita capitis minutione finitur. Ratio, cur Titius ut ut defectus conditione ad legatum admittatur, haec est, quia tantum beneficio Legis Juliae, & Papiae ex legato concessum

est mulieri, quantum haberet, si conditioni paruisset, id est, quia mulier, si non nupsisset, plus dimidia legati non haberet, & non data Titio altera dimidia, ea totum legatum haberet: absurdum est autem plus ei dari, quum contra voluntatem defuncti nubit, quam quum paret conditioni. Ita quamvis Titius conditione deficiatur, pars ei relicta non deficit, nec proinde adcrescit mulieri. Quid si legatum Titius repudiet? Hoc casu pars ei relicta deficit & ea res tamen mulieri non prodest, quia non ei adcrescit, sed ad proprietatem recurrit: idemque jus esse, si Titii morte, vel capitis minutione, aliove modo ususfructus finiatur, eadem juris ratio suadet. At enim Titius & mulier sunt re & verbis conjuncti. Ita vero, sed venit mulier ad legatum jure singulari, h. e. beneficio Legis Juliae, non ex judicio testatoris. De parte Titii loquitur Papinianus. Sed & eadem est ratio partis mulieri relictae, namque ut mulier, ita Titius jure singulari, h. e. propter mulierem ipsam, non ex judicio testatoris admittitur ad legatum. Ergo si morte mulieris, aliove modo finiatur ususfructus, ejus pars non Titio adcrescet, sed redibit ad proprietatem: *In summa* quum uterque ad legatum veniat contra voluntatem testatoris, debere utrumque boni consulere, ait elegantissime Duarenus De *jure adcr. lib.* 2. *cap.* 20. si sua ei pars salva sit.

CAPUT IX.

CERTA PARS LEGIBUS DEFINITA.

Quod dictum est de alimentis, quorum certus est modus, idem dicendum est de certa portione, quam personis nonnullis relinqui Lex jubet: cujus rei aliquot exempla sunt in Libris juris. Unum est apud Paulum in *L. sed quum patrono 6. D. de bon. poss.* „ *Sed quum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem Praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis; convenit, non esse jus adcrescendi. Igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: quum caeteri, quibus adcrescendi jus est, semel debeant adgnoscere bonorum possessionem*. Loquitur Paulus de patrono praeterito a liberto. Hic illi relinquere jure debet certam partem, quae olim dimidia erat, nunc triens, §. *sed nostra* 3. *Inst. de success. libert.*: patrono autem praeterito dabatur ejus certae partis bonorum possessio contra tabulas: atque haec est ratio, cur si scriptus heres deficiat, hujus portio non adcrescat patrono. Et vero quod testator, multo magis Lex ipsa potest, quae testari eum permisit. Testator, secundum ea, quae dicta sunt, legatis alimentis, excludit jus adcrescendi, quia alimentorum certus est modus; multo igitur magis Lex certam alicui partem relinqui jubens excludere intelligitur jus adcrescendi. Neque obstat, quod Paulus subjicit, non petente herede scripto, sicque eo deficiente alterius quoque partis patrono dari possessionem; portio enim heredis deficientis non jure adcrescendi ad patronum pertinet, sed huic defertur ab intestato per bonorum possessionem unde legitimi: estque novae huic bonorum possessioni locus, quia here-

heredem unum patrono praeterito ex asse scriptum Paulus ponit. Caeterum si patrono praeterito duo scribantur heredes, horumque unus non petat, sine dubio pars heredis deficientis, salva patrono contra tabulas certae partis bonorum possessione, adcrescet coheredi. Alterum exemplum est *In Auth. praeterea L. unde vir. & uxor.*, quae desumta est ex Imp. Justiniani *Novellis* 53. 74. & 117., *Praeterea si matrimonium sit absque dote, conjux autem praemorienti locuples sit, superstes vero laboret inopia; succedat una cum liberis communibus, alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores: quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, & imputabitur legatum in talem portionem*. Inopem uxorem viro succedere in hunc modum exploratissimi juris est. Num de viro etiam inope *Autenthica* accipienda sit, quaeritur. Numero vincunt, qui affirmant, sed ego tamen prorsus nego cum paucis; nam de uxore tantum loquitur Justinianus *Nov.* 117. *cap.* 5.: quin diserte negat de viro, quod de uxore ait. Ecce ejus verba ex *d. cap.* 5., *Virum in talibus casibus quartam ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus*. Inopi uxori quartam, nec quidquam ultra deferri Lex jubet, proinde aliud ei vetat adcrescere. Ergo si quis deficiat ex iis, quibus mariti hereditas defertur ab intestato, hujus portio coheredibus adcrescet, aut si omnes eodem gradu positi deficiant, ad sequentem gradum hereditas pertinebit. Quid si nec liberi mariti, nec parentes, nec laterales extent, aut extantes omittant hereditatem? Iis non extantibus uxorem excluso fisco succedere per bonorum possessionem unde vir & uxor, nulla dubitatio est, *L. un. L. unde vir & uxor*. Iis vero omittentibus hereditatem, uxori quartam habenti reliquum hereditatis adcrescere opinio est Baldi in *cit. Auth. praeterea num.* 3., quem non pauci sequuntur. Sed reliquum hereditatis, jure successionis uxori deferri, ne ambigas, quia portio inopi uxori debita utpote legibus definita accipere incrementum non potest. Addunt & illud nonnulli, quod ea ad quartam venit jure civili, ad reliquum hereditatis jure Praetorio: inter eos autem, qui diverso jure succedunt, non est jus adcrescendi: Sed de hac re judicium in *fin. ult. Cap.* dabo. Alia exempla suggerunt particularia locorum, & maxime Italiae statuta, de quibus Bellonus *De jure adcr. cap.* 10. *qu.* 13. *a num.* 12., sed in omnibus istis casibus si is, cui certa pars Legibus definita defertur, ex ea parte heres instituatur, ei deficientes coheredum partes adcrescere non dubitatur; venit enim ad eum non beneficio Legis, sed judicio testatoris.

CAPUT X.

DIVERSUM SUCCEDENTIUM JUS.

Constans nostrorum paucis obloquentibus traditio est, inter eos, qui diverso jure succedunt, non esse jus adcrescendi. Moventur Ulpiani loco in *L. sed quum patrono* 6. *D. de bon. possess.*, cujus verba Superiore Capite descripta sunt. Ait ibi Ulpianus, inter patronum praeteritum, & he-

& heredem scriptum jus adcrescendi non esse: cujus rei non ea solum est ratio, quia patronus ad certam partem Legibus definitam vocatur, sed & haec, quia patronus praeteritus, & heres scriptus diverso jure succedunt, patronus per bonorum possessionem contra tabulas, scriptus per bonorum secundum tabulas possessionem. Moventur itidem altero Ulpiniani loco in *L. idem 6. §. 1. de usufr. adcr.*, *Sed si cui proprietas deducto usufructu legata sit, & mihi pars ususfructus, videndum erit, an inter me & heredem jus adcrescendi versetur. Et verum est, ut quisquis amiserit, ad proprietatem revertatur*. Legata alicui proprietate deducto ususfructu, patet usumfructum jure hereditario ad heredem pertinere. Quod si cui pars ejus ususfructus legetur, inter legatarium & heredem jus adcrescendi versari negat Ulpianus, ait enim, *quisquis*, h. e. sive legatarius, sive heres *amiserit* usumfructum, hunc reverti ad proprietatem, non alia ratione, quam quia diversum est a jure hereditario jus legati. Sunt casus nonnulli, quibus secus se rem habere satis multi contendunt. Ecce tibi unum ex *L. quidam 20. C. de jure delib.*, ubi, *Si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, & quemdam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit: & postquam testator decessit, pupillus quidem patri heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit, & postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, & pupillaris substitutus locum sibi vindicavit*; quaesitum esse, inquit Justinianus num possit *jam heres ex principali testamento factus, pupillarem substitutionem repudiare*. Et placuisse ait *sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, & necessitas imponatur heredi admittere etiam substitutionem pupillarem*. Hoc casu diversum est jus institutionis a jure substitutionis: quia alia est hereditas patris, alia hereditas filii; & haec tamen heredi patris adcrescit. Ecce & alterum casum ex *L. 5. §. si quis ex nepotibus 12. D. de conjungend. cum emancip. liber.*, ubi haec habet Ulpianus, *Si quis ex nepotibus portionem suam omiserit, eveniet ut non ad patrem ejus, sed magis ad fratrem pertineat. Sed & si omnes nepotes omittant, patruo nihil adcrescet, sed soli patri. Quod si pater omiserit, tunc patruo adcrescet*. Exponit Ulpianus edictum Praetoris de conjungendis cum emancipato liberis. Jure civili antiquo succedebant avo soli nepotes in potestate retenti excluso filio emancipato, namque emancipato filio sui sunt soli nepotes: jure Praetorio succedebat per bonorum possessionem solus filius emancipatus. Haec vel ipsi Justinianaei probe sciunt. At aeque durum Praetori visum omnino excludi filium emancipatum, ac nepotes in potestate retentos: unde mediam tenens viam novo edicto liberos cum emancipato conjunxit, successionemque pro dimidia detulit filio emancipato, pro altera dimidia liberis ejus. Jam in *cit.* §. ait Ulpianus portionem ab uno ex liberis omissam fratri adcrescere, & portiones omnium liberorum adcrescere patri: & diversum est tamen hoc casu succedentium jus, nam pater jure Praetorio, filii jure civili succedunt.

Verum prior ille casus ad rem, quae agitur, non facit; nam de diverso succedentium jure disputari nisi inter duos non potest: illo autem casu unus est, qui patri, & filio succedit: eique ideo imponitur necessitas admittendi substitutionem pupillarem, quia licet postquam filius patri heres

7

res extitit, alia sit hereditas filii, alia patris, tamen unum est testamentum, ex quo partem capere, partem omittere non licet, & in favorem filii, cujus interest heredem habere ex testamento, hujus hereditas habetur pro parte hereditatis paternae, quasi hic non dum heres patris decessisset: quod multis persequitur Bellonus *De jure adcr. cap.* 9. *q.* 37. *num.* 63. Posteriore autem casu non est diversum jus succedentium, licet pater jure Praetorio, liberi jure civili succedant, nam jus Praetorium adeo est commixtum confusumque cum jure civili, ut hoc & illud pro uno eodemque in successionibus habeantur, dummodo qui jure civili, & qui jure Praetorio venit, ex una eademque caussa veniant, id est uterque ex testamento, aut uterque ab intestato: cujus rei ut alia desint omnia, illud est argumento, quod scribit Paulus in *L. hereditatis* 138. *de verb. sign.*, appellatione hereditatis, quae vox est juris Civilis, contineri etiam bonorum possessionem, quae vox est juris Praetorii. Plura de hac re dabit vobis Bellonus *De jure adcr. cap.* 5. *q.* 43. optimi adolescentes.

IN-

IN TITULUM VI. LIBRI XXVIII. PANDECTARUM.

DE VULGARI, ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE

COMMENTARIUS.

IN Florentino Indice, qui Jurisconsultorum Libros exhibet, ex quibus Tribonianus Pandectas composuit, unus est *de secundis tabulis* Liber, quo de substitutione pupillari Paulum egisse constat, quum ex eo, quod secundis tabulis ea substitutio fiebat, *L. libertis* 18. *n.*3. *de alim. leg.*, tum ex ejus libri fragmento in *L. qui plures* 38. *de vulg.* Quod alibi nullus sit alius de substitutione liber, id fortasse cuipiam posset indicio esse, veteres illos, Prudentes particulam istam juris non fuse lateque, ut alias ad rem testamentariam pertinentes, tractasse, quod parum sive difficultatis, sive utilitatis haberet. Verum enim vero ut nullos illi peculiares libros de substitutione conscripserint, de hac tamen illos copiose, ac subtiliter disputasse, fragmenta XLVIII. nostro huic Titulo subjecta commonstrant. Et ita quidem res ipsa ferebat plena juris controversi, quod vestra ingenia exercebit hoc anno, & Romanis usitatissima: cujus moris (ut nihil nunc dicam de frequenti *secundorum heredum* mentione apud veteres latinos, maxime apud Tullium) Appianus *Lib.* 2. *bellor. civ.* testimonium hoc perhibet, *solent Romani alteros heredes adscribere*, *si forte contingat*, *priores hereditatem non adire*. Non minus frequens, quam Romae olim, apud Italos fuit substitutionum usus post seculum XI., quo Romanum jus in Italia revixit. Hinc tot interpretum in Titulum de vulgari & pupillari substitutione commentarii, quorum copia laboramus. Hinc Baldus iis, quae sola consulentibus de jure substitutionum responsa dederat, plus ducatis quindecim millibus parasse sibi gloriabatur. Hoc ego faustum vobis omen precor, optimae spei adolescentes: remque ipsam ingredior.

Quod vero non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis, fideicommissis, mortis causa donationibus, & in contractibus substitutioni est locus, Commentarium divido in partes duas, quorum prior de substitutis aget in locum heredum: posterior de substitutis in aliorum locum.

COM-

COMMENTARII:

PARS PRIOR,

DE SUBSTITUTIS IN LOCUM HEREDUM.

SUBSTITUTIONIS DEFINITIO.

SUbstituere latinis est rem subrogare in locum rei, quae defecit: quo sensu agri gregisve usufructu legato arbores, aut *capita substitui* a fructuario debere ajunt Paulus *in L. agri* 18., & Pomponius *in L. vel inutilium 69. de usufr.* Hinc facile posset videri, substitutionem, de qua nunc agimus, definire, & de ejus tamen definitione mirum quantum satagunt interpretes. Videamus, quid possit ex ipsis libris juris exculpi. Substitutionem definit Gajus *Inst. lib.* 2. *tit.* 4. *pr. Secundi heredis appellationem*, Paulus *in L. ex facto* 43. §. *Lucius* 2. *h. t. Secundi heredis institutionem.* Qui probe novit, quid proprie sit apud Latinos, & maxime Jurisconsultos *secundus heres*, recte definitam a Gajo, ac Paulo substitutionem dicet. Secundus heres proprie est heres *in spem secundam scriptus*, uti significantissime Tacitus *Annal. lib.* 1., *h. e.* in locum *primi*, qui prima spes est testatoris, si forte defecerit, substitutus. Quod vero interdum Jurisconsulti *primos & secundos* vocant, quos scriptura, non *gradus primos & secundos facit*, *L. Julianus* 15. *pr.* & §. 1. *de her. inst.*, luculentior substitutionis definitio quaerenda est. Hanc autem suggerit Modestinus in *L.* 1. *pr. h. t.* his verbis, *Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti primo gradu: substituti secundo, vel tertio.* Institutos a substitutis gradus separat, i. e. ordo successionis, non ordo scripturae, *L. moribus* 2. §. *sed & si 6. h. t.* Si scriptum sit, ut apud Ulp. in *cit. L.* 2. §. 6., *Si filius mihi heres non erit, Sejus heres esto: filius heres esto.* Heres institutus est filius, quamvis hunc ordine scripturae praeeat Sejus, nam filio primum, tum Sejo in locum filii deficientis successio defertur. Ita si scriptum sit, ut apud eundem Ulpianum *in cit. L.* 15. *pr.*, *Titius ex parte dimidia heres esto, Sejus ex parte dimidia heres esto*, licet secundum ordinem scripturae alter praeeat, alter sequatur, tamen ambo sunt instituti, quia unus utriusque est gradus, nec uni post alterum, sed utrique simul defertur hereditas. Ergo substitutio est heredis secundo gradu facta institutio, *secundum gradum* dico, qui primum sequitur, licet non proximae sequatur. Ita tertias quoque, vel quartas, ulterioresve nuptias Juriconsulti *secundas* dicunt, *Tit. C. de secund. nupt.*

Sed dubitari jure potest, num proposita definitio substitutioni pupillari conveniat, uti certe convenit vulgari; quum enim pupillaris substitutio sit testamentum, quod filiofam. impuberi pater facit jure singulari *L. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *D. de inoff.*, qui pupillaris substitutus dicitur, proprie est primus filii heres, & quamquam solemne sit pupillarem substitutionem fieri hac formula, *Si filius heres erit, & in aetate pupilla-*

 ri

ri decesserit, ille heres esto: quo fit, ut ea substitutio ad institutionem filii relata videri possit institutio secundo gradu facta, tamen patrem recte *posse exheredato filio substituere* scribit Ulpianus in *L. sed si plures* 10. §. *ad substitutos* 5. *h. t.*: quo casu nemo est, qui gradu praeeat substitutum.

Et veteri quidem jure, quo impuberem licebat scribi exheredem obex iste non ex facili poterat amoveri: nunc quoniam exheredari liberos novum jus non patitur, nisi ob ingrati animi vitium, quod in impuberes non cadit, *L. si quis suo* 33. §. 1. *L. de inoff.*, & *Nov.* 115. *cap.* 3. multo facilius amovetur pupillari substitutione ad institutionem filii relata. Sed si exheredatum ponas pubertati proximum, qui doli, ac proinde ingrati animi est capax: quin si etiam hodie quemcumque impuberem recte exheredatum ponas, res mihi videtur eodem redire. Et vero quum pater filio pupillariter substituit, duplex hereditas est, sed unum testamentum: neque hoc valere alias potest, quam si sibi pater heredem scripserit sive filium, sive alium, neque ante hereditas filii defertur substituto, quam fuerit patris hereditas delata, & vero etiam adita; nam non adita hereditate paterna pupillaris substitutio non valet, §. 5. *Inst. de pupil. subst.*, & *L. moribus* 2. §. 1. *h. t.* Tantum militi datum filio facere testamentum, quamvis non faciat sibi, *cit. L.* 2. §. 1. Sed quae sunt praeter regulas juris, huc non pertinent. Ergo ex pupillari itidem, ut ex vulgari defertur secundo gradu hereditas, hoc uno discrimine, quod quum in testamento, in quo fit substitutio vulgaris, una hereditas fit, haec una defertur utroque gradu: contra quum in testamento, in quo pupillariter substituitur, duae sint hereditates, altera patris, altera filii, substituto hereditas filii defertur. Sed discrimen istud negligunt leges. In rem laudo Justiniani locum, quem alios fugisse demiror. *Quum quidam*, verba ejus sunt *in L.* 4. *C. de necessar. servis her. inst*, *suum pupillum heredem instituit*, & *in secundo gradu*, *in quo pupillarem substitutionem faciebat*, *servum pupillo suo substituit*. Ecce Justinianus pupillarem substitutionem fieri ait *secundo gradu*. Ergo nihil videretur necesse gradum a casu distinguere, quod noster Aulisius facit in *h. t.*, quasi fiat ea substitutio non secundo gradu, ut vulgaris, sed secundo casu, qui est casus adquisitae hereditatis, & mortis simul, vel, si exheredatus sit filius, mortis tantum.

Ita se hac cura expediunt quidam non incelebres Interpretes juris. Verum quis Jurisprudentiam bene doctus facile illud concoquat, exheredato impubere datum huic a patre heredem secundi gradus heredem esse respectu heredis paterni? Nulla ratio est, cur secundus gradus in hereditatibus, quae deferuntur ex testamento, aliter accipiatur, quam in hereditatibus accipitur, quae ab intestato deferuntur: & in pupillari substitutione aliter, quam in vulgari. In vulgari autem, atque in hereditatibus, quae deferuntur ab intestato, gradum respectu ejusdem hereditatis primum, & secundum dici, nemo unus ignorat. Forasse veteres Jurisconsulti ad id respicientes, quod plerumque accidebat, plerumque autem scribebantur heredes filii, ex parentum voto dulces heredes dicti, qua de re scriptum aliquid *in nostr. Inst. repet. praelect.*, ad id, inquam, respicientes, testamentum filio impuberi a patre factum *substitutionem* dixere: tum vocabulum, quod usitatum receptumque erat, perpetuo servatum. Est haec non ignobilis

bilis conjectura Duareni in *h. Tit. cap.* 1. Ergo praestat dubitationis tollendae causa substitutionem definire in hunc modum, *Est heredis secundo gradu, vel casu facta institutio*. Dixi secundum casum esse adquisitae hereditatis & mortis simul, aut tantum mortis: primus autem est hereditatis non adquisitae, qui est casus substitutionis vulgaris. Duos istos casus aperte distingunt Diocletianus & Maximinianus in *L. precibus* 8. *c. de impub. & al subst.*, eosque Javolenus *in L. quum ex filio* 39. §. 1. *h. t.* substitutionum caussas appellat.

CAPUT I.

SUBSTITUTIONUM GENERA.

SUbstitutionis genus duplex, alterum vulgaris, alterum pupillaris. Tantum duo haec genera praeseferunt noster hic Titulus, ac Tituli duo *Libri II. Inst. XV. & XVI.* Quae alia interpretes confinxere, ea recte posse ad alterutrum referri, mox ostendam. Vulgaris substitutionis formula est haec, *Si Lucius Titius heres non erit, tunc Sejus mihi heres esto*: pupillaris haec, Si *filius heres erit, & intra pubertatem decesserit, tunc Sejus heres esto.* Apud Modestinum *in cit. L.* 1. §. *h. t.* sub finem formulae substitutionis pupillaris legitur, *tunc Sejus heres mihi esto*. Sed quis non videt, *mihi* Modestino excidisse praeter jus? Filio substitutus filii intra pubertatem decedentis est heres, non patris: proinde si quando ea vox exciderit testatori, ad voluntatem ejus tuendam esse debet pro non adjecta, uti Julianus loquitur, *L. si ita* 8. §. *qui filio* 1. *de bon. possess. sec. tab.*

Jam vulgaris substitutio dicta est, quia vulgo fieri ab omnibus potest, soletque in locum cujusvis heredis: in quam sententiam *vulgare pactum* dicitur Tryphonino *in L. Baebius* 30. *de pact. dotal.*: pupillaris autem nomen accepit a persona pupilli, cui ex testamento, quod ei fecit pater, substitutus succedit. Sunt qui substitutionem istam minus proprie vocari *pupillarem* putant eo argumento, quod is, cui pater testamento heredem scribit, impubes quidem sit, non pupillus. Et vero vox *impubes* certam hominis aetatem designat, vox *pupillus* statum hominis, qui morte patris exiit de potestate *L.* 289. *de verb. sign.* Num ea substitutio *pupillaris* dicta, quia in id tempus confertur, quo impubes futurus est pupillus? Ita plerique. Num quia impubes in potestate constitutus dici etiam *pupillus* recte potest, ut in *L. ult.* §. 2. *de verb. obl.*? Ita Duarenus in *h. Tit. cap.* 4. Scio ego, impuberem, qui in potestate est, *pupillum* dici quum in *cit. L. ult.*, tum *in L.* 7. §. 3. *de pecul.*, *& in L.* 18. §. *ult. C. de jure delib.*, sed insolens est haec ejus vocabuli acceptio, & multo est verosimilius, Jurisconsultos, quum substitutionem illam dixere *pupillarem*, tempus spectasse, quo hereditas pupilli defertur, non quo scribitur testamentum; idque ex eo conjicio, quod certe illius temporis respectu eandem substitutionem Paulus in *L. qui plures* 38. §. *ult.* 44., alique *pupillares tabulas* appellarunt: non quod eas ipse sibi impubes scribit, sed quod ex eis impuberi jam pupillo succeditur.

Aliae ſubſtitionum ſpecies ab antiquis interpretibus confictae ſunt *exemplaris*, *breviloqua*, & *compendioſa*. Dicunt *exemplarem*, quam parentes utriuſque ſexus liberis mentecaptis, ut ut puberibus, faciunt in eum caſum, ſi non ſana mente deceſſerint, *L. 9. C. de impub. & aliis ſubſt.* Dicunt *breviloquam*, quae plures ſubſtitutiones numero perſonarum, quibus fiunt, diſtinctas brevi loquutione complectitur: qualis eſt, quae duobus inſtitutis fieri ſolet in hanc formulam, *eoſque invicem ſubſtituo*: qua brevi verborum conceptione, ſi uterque inſtitutus, aut alteruter, ſit extraneus, aut pubes, vulgares duae reciprocae: ſi uterque ex liberis, & impubes, vulgares duae, totidemque pupillares reciprocae comprehenduntur, *L. jam hoc jure 4. §. 1. & 2. h. t. 4.*, & *L. quamvis*, *C. eod.* Denique dicunt *compendioſam*, quae verborum compendio plures itidem ſubſtitutiones complectitur non numero perſonarum, ut *breviloqua*, ſed temporibus diſtinctas. Talis eſt, quam miles directo facit impuberi filio intra certos annos, vel poſt quandocunque ſine liberis decedenti; nam ſi hic intra pubertatem deceſſerit, ea valet ut pupillaris: ſi poſt pubertatem, valet jure militari, *L. Centurio 15. h. t.*, & *L. precibus 8. C. eod.* Quod vero ſecundum ea, quae dicta ſunt, *breviloquae*, & *compendioſae* non alia ſubſtitutio ineſt, quam aut vulgaris, aut pupillaris, facile intelligis eſſe quidem eas diverſos ſubſtitutionis concipiendae modos, non ſpecies a vulgari, vel pupillari diverſas: quodque Modeſtinus in *cit. L. 4. §. 1. h. t.* ſcripſit, ſubſtitutionem reciprocam *tertium genus ſubſtitutionis eſſe*, perinde accipiendum, quaſi ſcripſiſſet *tertium modum*. Apud Juriſconſultos *genus* non raro eſt *modus*. *In L. ſervum 26. de manumiſſion. Omni genere* idem eſt atque *omni modo*: Et *in L. eum qui 23. §. ſi autem 1. de uſurp. Eo genere*, ſonat idem, atque *eo modo*. Alia exempla ſunt apud Briſſonium *de V. S.*, quem tamen fugit Modeſtini locus in *cit. L. 4. §. 1.* Quod pertinet ad ſubſtitutionem *exemplarem*, haec ad pupillarem proxime accedit: unde eam utpote ad exemplum pupillaris inductam veteres gloſſographi barbaro vocabulo *exemplarem*: Coraſius in *cit. L. 9.* barbaro itidem, ſed magis ferendo vocabulo *exemplatam*: politiores interpretes de more Romanorum Juriſconſultorum *quaſi pupillarem* dixere. Certe una eademque eſt ratio utriuſque. Parentes impuberibus liberis heredes ſcribunt, quia ea aetate ſunt, qua *nullum eorum animi judicium* eſt, *§. 2. Inſt. quib. non eſt permiſ. fac. teſt.* quidni ſcribant mentecaptis, qui *mente carent*, *cit. §. 2.*? Num aetas, an aliud animi vitium eos impediat ſapere, quid intereſt?

Quod ſi ſubſtitutionem, quam dicunt *compendioſam*, quamque *militarem* rectius dixeris: itemque ſubſtitutionem, quam dicunt *exemplarem*, omnino velis diverſas eſſe ſpecies ſubſtitutionis, non abnuo. Militaris nulla noſtro hoc titulo facta mentio eſt, quod potius ad titulum *De teſtamento militis* pertinere eſt viſa: unde in *L. milites 5. eod.* proponitur ab Ulpiano. Nulla etiam *hoc noſtro Tit.* facta eſt mentio ſubſtitionis *exemplaris*; propoſitum enim Juſtiniano fuit Pandectas componere ex fragmentis Juriſconſultorum, quibus ea non innotuit, tanquam ab ipſo Juſtiniano primum inducta. Fuit igitur in Juſtinianeo Codice propoſitus ejuſque reſpectu titulus, non ut in Pandectis *De vulgari, & pupillari ſubſtitutione*, ſed ita *De impuberum, & aliis ſubſtitutionibus*. Quam dicunt *breviloquam*,

ea

ea certe non est diversa species substitutionis. Utcumque se res habeat, etiamsi praeter duas illas, quae in Pandectis proponuntur, nulla alia sit species substitutionis, tamen quum contraria Glossographorum sententia dominatur in foro, vobis foro operam daturis utile erit eas etiam substitutiones, quae diversae a duabus illis species non sunt, quasi diversas intueri: proinde eas ego quasi diversas expendam. Eos adduci non possum ut patiar, qui duo alia substitutionis genera faciunt, unum ejus, quam dicunt *directam*, quia fit verbis directis, h. e. civilibus & imperativis: alteram ejus, quam dicunt *obliquam*, quia fit verbis *obliquis*, h. e. precariis, & propriis fideicommissorum. Et vero substitutio proprie est secundi heredis institutio: fideicommissarius autem non dicitur institui, hoc enim est verbum directum: & certe non est heres, §. 3. & 4. *Inst. de fideicom. her.*: unde in Libris Institutionum, Pandectarum, & Codicis Tituli quibus de substitutionibus agitur, longo intervallo dissident a Titulis, quibus explicatur S. C. Trebellianum: & in Titulo XXV. Libri IV. Codicis a *substitutionibus* separantur *restitutiones*, quae fideicommissariis fiunt. Non me movent *L. Centurio* 15., *L. coheredi* 41. §. 3. *h. t.*, *L. heredes mei* 57. §. 1. & 2. *ad Trebell.*, *L. generaliter* 6. *C. de inst. & subst.*, & *L. post aditam L. C. de imp. & aliis subst.*, quorum locorum alii sunt, quibus mentio est *substitutionis directae*, quasi sit alia, quae fiat per fideicommissum: alii, quibus fideicommissum dicitur *substitutio*. Non, inquam, me movent; namque iis locis *substitutionis* acceptio multo est latior, quam ut proprietas verborum juris ferre videatur. Proprie dicitur substitui, qui locum subit alterius omnino deficientis. Latissima significatione substitui etiam dicitur, qui alterius non omnino deficientis locum subit quoque modo. Posteriore hoc sensu fideicommissarius dici *substitutus* potest, quamvis proprie non sit substitutus, quia proprie non est heres. Et fideicommissarium quidem *heredis loco haberi* ait Tribonianus *cit.* §. 4. *Inst.*, & *quasi heredem* vocat §. 5.; heredem vero *recto jure institutum* restituta hereditate *nihilominus heredem* permanere inquit *cit.* §. 4.

CAPUT II.

SUBSTITIONUM ORIGINES.

IN XII. Tabulis scriptum est, *Uti legassit suae rei, ita jus esto*; quibus verbis latissimam tribui *heredis instituendi facultatem* inquit Pomponius in *L. verbis* 120. *de V. S.*, ac *testamentarias hereditates confirmari* Paulus ait in *L. Lege* 130. *eod.* Quod autem non ambigitur, substitutionem esse heredis institutionem, eaque testamentariam hereditatem deferri, patet iisdem XII. Tab. verbis jus datum substituendi. Quin ego jus istud non a Graecis adscitum reor, sed Romae natum, atque ex Regiorum temporum seu Legibus, seu moribus in XII. Tabulas conjectum: quo spectare arbitror *To confirmari* apud Paulum. Lex XII. Tabularum non deferri ex testamento hereditates primum permisit: sed quas ex testamento deferri jus, mosve erat, augustius sanctiusque confirmavit. Sed quid

quid est opus conjecturis? Romanos multo ante tempora XII. Tabularum testamenta fecisse auctor est Plutarchus in Romulo, & Coriolano. Porro nihil jam inde ab Urbe condita antiquius fuisse, quam testatos mori, exploratissimum est. Quis autem credat eos, qui facere testamenta poterant, quique id maxime curabant, ne decederent intestati, aut non potuisse, aut noluisse plures facere gradus heredum: quod unum erat, si testamentum a primis heredibus destitui contingeret, subsidio futurum?

Haec de vulgari substitutione intelligenda sunt. Pupillarem fuisse Regiis temporibus ignotam, vel ex hoc potest intelligi, quod ne ipsa quidem Lex XII. Tabularum, quae testamentarias hereditates confirmabat, ejus fecerit potestatem. Lex XII. Tabularum patrifamilias legare permisit super *re sua*, *tutelave suae rei*: at qui pupillarem substitutionem facit, is testamentum filiosam scribit, sicque magis de aliena re statuit, quam de sua. Apposite Ulpianus *in L. sed si plures* 10. §. 5. *h. t.*, *Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, quum & exheredato substituere quis possit*. Nunc est explicatu proclive, quod de substitutione pupillari *moribus* introducta idem Ulpianus scribit *in L.* 2. *pr. eod.* De moribus post Leges XII. Tabularum receptis accipiendus est locus iste Ulpiani, suntque ii mores jus natum ex ipsarum Legum interpretatione, quae moribus utentium comprobata *recepta regula*, seu *sententia*, *vel jus consensu receptum* dicebatur. Vide a nobis scripta de hac re *Tom.* 1. *Inst. rep. praelect.* Pupilli, quod nullos testamentarios heredes haberent, adgnatorum insidiis patebant: proinde Prudentes utilitati eorum studentes Τὸ *suum* in XII. Tab. ita sunt interpretati, ut comprehenderet etiam filiosfam. tanquam rem patris: unde & mancipari poterant, & jure Quiritium vindicari, *L.* 1. §. 4. *de rei vind.*: sicque dederunt patri, ut quemadmodum filiosfam. impuberi tutorem scribere testamento poterat, ita & posset heredem. Et quamvis quo tempore pater scribebat filio testamentum, filius, ut tum ferebat jurisprudentia, nihil proprium haberet, ac si quid pupillo post patris obitum obvenisset, id tantum pertineret ad substitutum; fuit tamen Prudentibus visum ad pupillarem substitutionem tuendam satis personam ipsam filii, cui erant forte bona quandocunque accessura, inter res patris ex jure Quiritium proprias haberi.

Substitutio, quam vulgo dicunt *militarem*, quamque Papinianus *in L. Centurio* 15. *h. t.*, ac Diocletianus, & Maximianus *in L. precibus* 8. *C. eod.* pertractant, originem trahit ex Constitutionibus Imperatorum, & fortasse Nervae, qui liberam testamenti factionem ab Julio Caesare militibus concessam ad tempus, multo liberiorem, ac perpetuam fecit, *L.* 1. *de testam. milit.*

Demum substitutionis quasi pupillaris, quam vulgus dictitat *exemplarem*, primus auctor fuit Justinianus *in L. humanitatis* 9. *C. h. t.*, unde eam Cujacius *in L.* 1. *h. t.* substitutionem *Justinianaeam* appellat. Extiterat quidem ante tempora Justiniani simile aliquod istius substitutionis exemplum, testemque ejus do Paulum *in L. ex facto* 43. *h. t.*, sed fuit illud jus singulare ex speciali Principis indulgentia profectum, ad consequentias non producendum.

CA-

CAPUT III.

SUBSTITUTIO VULGARIS.

Vulgaris substitutio est aut expressa, aut tacita. Expressae formula haec est, *Lucius Titius heres esto: si Lucius Titius heres non erit, tunc Sejus heres esto*: quae formula satis amplam disputandi materiam praebet. Et ex iis quidem verbis, *Lucius Titius heres esto*, quae directam continent Lucii Titii institutionem, prima illa enascitur quaestio, num necesse sit primum heredem recto jure institui, an satis sit omissa institutione directa scribi, *si Lucius Titius heres non erit*, quibus verbis primi heredis institutio tacite inest. Et posterius hoc sufficere, putavit Bartolus, quem plerique sequuntur. Contra sentiunt alii, quibus subscribo. Multi sunt juris loci, qui Bartolum manifesti erroris convincunt. Ego tres seligam, unum ex Institutionibus, reliquos ex Pandectis. Tribonianus §. 2. *Inst. de fideic. her. Opus esse*, inquit, *ut aliquis recto jure testamento heres instituatur*: instituitur autem *recto jure* qui instituitur verbis directis, *Heredem esse jubeo, heres esto*, & similibus, quae institutionem ex conjectura prorsus excludunt. Porro Pomponius *in L. si quis eum 16. §. 1. h. t.* ait, *Si pater heredem instituat, si vivo se filius decedat*, testamentum *non valere*, *in quo filius praeteritus est*. Vides verbis illis, *si vivo se filius decedat*, filium non intelligi institutum: & ea tamen apertissimo indicio sunt, voluisse patrem filium sibi heredem esse, si superesset. Demum Ulpianus *in L. ex facto 19. de her. inst.* scribit, *Ex facto agitatum Pomponius, & Arrianus referunt, si quis vacua parte relicta ita instituerit, si mihi Sejus heres non erit, (quem non instituerat) Sempronius heres esto, an hic occupare possit vacantem portionem. Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti. Aristo contra putat, quia huic pars esset data, quae nulla esset: quam sententiam et Javolenus probat, et Pomponius, et Arrianus: et hoc jure utimur*. Scripserat testator, *Maevius et Lucius ex semisse heredes sunto. Si mihi Sejus heres non erit, Sempronius heres esto*. Maevio & Lucio ex semisse scriptis heredibus alter semis vacabat, ex quo Sejus non fuerat expresse institutus. Sejo testatori praemortuo quaesitum est, num vacans semis ad Sempronium substitutum, an ad Maevium & Lucium pertineret. Sempronium substitutum admisit Pegasus: contra sensere Aristo, Javolenus, & Arrianus. Quae Pegasum ratio moverit, non exprimit Ulpianus; sed non obscurum ejus indicium facit contraria illa, quae Aristonem, Javolenum, atque Arrianum ratio movit, *quia huic* (i. e. Sempronio, si ad vacantem portionem admitteretur) *pars esset data, quae nulla esset*, i. e. pars Seii, quae nulla erat, quia non data Sejo, & ideo non data, quia Sejus non fuerat institutus; quo spectat τὸ *quem non instituerat*, quod praeit apud Ulpianum. Ergo Sempronium substitutum admisit Pegasus, quia Sejum habuit pro instituto ex conjectura voluntatis. Ecce quae olim Pegasi, ea dein fuit Bartoli opinio. Sed contraria Aristonis, aliorumque sententia recepta est, *Et hoc jure utimur* inquit Ulpianus: quae clausula juris recepti est index.

Nunc

Nunc quid est in Libris juris, quod Bartoli sententiam juvet? Meo quidem judicio nihil. Laudat is *L. si quis* 82. *de her. inst*, ubi *si quis*, inquit Scaevola, *ita heres instituatur, si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante:* heredemque legitimum in conditione positum tacite institutum putat, eique hereditatem non vindicanti substitutum heredem, cujus mentio est principio ejus Legis. Quam ridicula interpretatio! Nemo non videt, nihil ibi de substitutione proponi: quemque Bartolus substitutum fingit, eum esse institutum sub conditione. Verba ipsa Scaevolae ejus rei faciunt fidem. Porro laudat is *L. Lucius Titius* 85. *eod.*, ubi quum testator Titium fratrem ex asse scripsisset heredem, eique, si ante aditam hereditatem moreretur, aut filium filiamve ex se natum natamve non haberet, Stichum & Pamphilium substituisset, ait Scaevola, si frater aut adiit hereditatem, aut ante hanc aditam decessit liberis relictis, Stichum & Pamphilum non futuros heredes; *non enim fratrem solum heredem praetulit, sed & ejus liberos:* hos autem substitutis praeferri ait Bartolus tanquam tacite institutos. Sed verius est, liberos in ea specie tanquam legitimos heredes substitutis praeferri. Ad haec laudat *L. Gallus* 29. *pr. de lib. & post.*, *L. quam in testamento* 37. *de her. inst.*, & *L. potest* 36. *de vulg.*, quibus locis sola proponitur formula substitutionis, & tamen duo dicuntur fieri gradus heredum, quorum primum conditioni tacite inesse credendum est. Verum eos textus legenti patebit, ideo solum proponi formulam substitutionis, quia de substitutione sola disputatur: formulamque institutionis tamquam non necessariam brevitatis causa omitti, omnino autem subaudiri oportere. Uno juris loco suam Bartolus potuisset opinionem tueri: eumque ego haud dissimulabo. Is est Imp. Costantini in *L. quoniam* 15. C. *de testam.*, ubi scriptum est, *Placuit, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis & directis verbis fiat, aut inflexis; nec enim interest, si dicatur, Heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit; sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio*. Eo tantum contentus esse videtur Constantinus, ut de *voluntatis intentione* constet: idque novum jus est, cujus immemor Tribonianus contraria docuit in Libris Institutionum. Verum ut haec ita se habeant, nova illa Constantini Lege institutionem heredis ex conjectura probari tam falsum est, quam quod falsissimum. Ante Constantinum certae solemnesque erant formulae, quibus scribi heredem licebat. Apud Ulpianum in *Fragm. tit.* 21. §. 1., *& cit. L.* 1. §. 7., & Marcianum in *L. his verbis* 48. *de her. inst.* formulae hae sunt, *Heres esto*, vel *sit: heredem esse jubeo: hereditatis meae dominus esto:* nec scio num aliae fuerint veteri jure receptae. Unum id scio, quod addit ibidem Ulpianus, institutionem illam *Heredem instituo*, *Heredem facio*, plerisque improbatam fuisse, non tam quia heredem sola Lex facit, quam quia testator iis verbis magis referre atque indicare, quam imperare videbatur. *Vide Cujac. in cit. loc. Ulpian.*, *& Fabrum de err. Pragm. dec.* 49. *err.* 10. *num.* 10. & 11. Nimiam istam, & miseram veterum observationem sustulit Constantinus, & quibusvis verbis institui heredem permisit, dum tamen *voluntatis intentio liqueret*. Duplex autem est modus, quo liquere *intentio*

ista

ista *voluntatis* potest: alter in verbis positus, alter in sola conjectura. Posteriore hoc modo institui heredem posse putavit Bartolus; sed hic ille modus est, quem Constantinus exclusit. Verba Constantini sunt, In *quolibet loquendi genere formata institutio valet*. De institutione jam facta loquitus Constantinus: modumque, quo *voluntatis intentio liqueat*, in verbis ponit, quibus ea est facta, non in sola voluntatis conjectura. Conjecturam *solam* dico, qua voluisse testatorem intelligimus heredem facere, non tamen fecisse. Et eum quidem voluisse, non est satis: necessarium porro est, fecisse quod voluit. Si qua verba sint, quibus testatorem non voluisse solum, sed & fecisse heredem appareat, desit tamen verbum, quo posset de jam facta institutione apertius constare, recte potest suppleri ex conjectura quod deest: idque veteri etiam jure cautum erat apud Ulp. in *L.* 1. §. 3. 5. 6. & 7. *de her. inst.* Sed jure veteri, etiamsi verbum nullum deesset, si non *imperativa* & *directa* erant verba, nihil actum intelligebatur, Primus Constantinus institutionem inflexis etiam verbis factam valere jussit, atque huc ejus constitutio spectavit. Ergo quae institutio facta his verbis, *Titium rogo, ut mihi sit heres*, ante Constantini tempora non valebat, post Constantinum valet, ex iis enim *voluntatis intentio* liquet aeque atque ex his *Titius mihi heres esto*. Ergo, ut redeam ad ea, quae Tribonianus scripsit §. 2. *Inst. de fideic. her.*, aut eum credendum, quum illa scriberet, animum non attendisse ad novam Constantini Imp. constitutionem, aut *Τὸ recto jure* aliquanto latius accipe, ita ut *inflexa* itidem verba comprehendat, quasi vi novae illius constitutionis *inflexa* habeantur pro *directis*: quae mea est conjectura, quantulacumque est, in eum locum Triboniani.

Sequitur altera illa pars formulae, *Si heres non erit*. Haec omnes complectitur casus, quibus heres primo gradu scriptus non erit heres, sive testatori praemoriatur, sive testatori superstes non possit, aut nolit adire, *L. quum ex filio* 39. §. *ult. h. t.*, *L.* 3. *C. de her. inst.* Sed num perpetuum sit, quod dicitur, verba *si heres non erit*, omnes illos casus complecti, quaesitum video, si filiusfamilias, aliusve suus & necessarius heres scriptus ponatur. Theophili in *pr. tit. Inst. de pupil. subst.* sententia haec est, verba *si heres non erit* ad suum & necessarium heredem relata unum hunc casum spectare, si is heres esse non possit, veluti si testatore vivo mori eum contingat. Cur autem ita opinetur, optimam hanc ille rationem subjicit, quod qui suus & necessarius dicitur, statim post mortem testatoris ipso jure existit heres, nec quod beneficio Praetoris abstinuerit hereditate, desinit heres esse: cui consequens est, ut primum testator obit superstite suo herede, vulgarem substitutionem expirare. At enim Scaevola in *L. ex contractu* 44. *de re jud.* tutores inquit *pupillam abstinuisse bonis paternis*, sicque *bona ad substitutum pervenisse*. Ita vero, sed vir C. l. Dominica Aulisius *Comm. in h. t. quaest.* 5. Scaevolae locum accipit de substitutione facta in expressum casum, *si heres esse noluerit*, quam formulam eo differre putat a formula generali, *si heres non erit*, quod haec, quum ad solum impotentiae casum restringatur, jus sui, & necessarii heredis non tollit: tollit autem illa: atque in hanc modum Theophili sententiam exponit. Sed nullum inter unam, atque alteram formulam discrimen ponunt

Accursius, Bartolus, & Faber; quod vero pertinet ad vim potestatemque substitutionis, dissident illi inter se. Accursius in *L. Papinianus* 8. §. 9. *v. ad substitutum D. de inoff.* suum & necessarium de necessario quidem fieri ait voluntarium; manere tamen suum: quo fit, ut substitutus excludatur. Bartolus in *L.* 1. *h. t.* eum desinere esse putat quum necessarium, tum suum; proinde substitutum admittit. Faber *De err. Pragm. dec.* 32. *err.* 6. 7. & 8. vulgari substitutione tolli negat jus sui, & necessarii heredis, & tamen admitti substitutum contendit quasi bonorum possessorem, cui utiles tantum actiones dat Praetor. Longum esset singula expendere, quae in suam quisque sententiam profert. Fecit id quam diligentissime Aulisius noster *loc. cit.* Ego satis habeo opinionem, quam sequaris, deligere, & nova argumentorum accessione confirmare. Et ecce opinionem Bartoli deligo, quamvis non omnia probem, quae pro ea vulgo adferuntur. Et primum in suo etiam & necessario herede generalem formulam, *si heres non erit* utrumque casum comprehendere, *si non possit*, ac *si nolit*, probari posse ajo verbis Marciani in *L. jam dubitari* 86. *de her. inst.*. *Jam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse ut si voluissent heredes essent: si heredes non essent, alium, quem visum fuerit, eis substituere*. Praeit suorum heredum institutio sub conditione, *si heredes esse vellent*: sequitur vulgaris substitutio sub generali formula, *si heredes non essent*. Quoniam autem in formula vulgaris substitutionis negatur, quod formula institutionis affirmat, utramque Marciani formulam conferenti patebit, τὸ *si heredes non essent* eum quoque casum complecti, *si nollent*. Jam necessarium fieri voluntarium, apertissime docet idem ipse Marcianus §. 1., *Suis ita heredibus institutis, si voluerint heredes esse, non permittendum amplius abstinere se hereditate, quum ea conditione instituti jam non ut necessarii, sed sua sponte heredes extiterunt*. Nihil me commovet, quod ait Faber, fieri voluntarium, si conditio apponatur institutioni, ut in verbo Marciani, non item, si apponatur substitutioni; nam licet priore casu actus in suspenso sit, posteriore resolvatur sub conditione, tamen recte Aulisius monet effectu duos istos casus eodem redire, quum actus sub conditione resolutus perinde habeatur, ac si nihil actum fuisset, ut proinde res sit cum fructibus restituenda, *L. item* 6. *de in diem addict.* Ego plus puto, spectandam in hac re voluntatem testatoris, cujus arbitrio Marcianus permittit necessarium instituere, ut eum, qui sua sponte est heres: spectata autem voluntate nihil interesse, num testator utatur hac formula, *Filius meus heres esto, si volet*, an hac, *Filius heres esto: si filius heres non erit, Maevius heres esto*; quum enim illa, *Si filius heres non erit*, & casum, quo non possit, & casum comprehendant, quo nolit, quis non videt, illis permitti filio nolle, quod, necessario heredi non datur? Nec eo quidquam moveor, quod porro ait Faber tutores apud Scaevolam in *cit. L. ex contractu* 44. pupillam, cui fuerat vulgari formula substitutum, abstinuisse; quo nihil fuisset opus, si vi ejus formulae necessaria heres esse desiisset; namque in ea specie ponendum est, filiam tutore auctore immiscuisse se hereditati paternae, qui enim posset alias intelligi, quod inquit Scaevola, *ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, & condemnata est*? Erat igitur necesse pupillam paternis bonis absti-

abstineri per in integrum restitutionem, *L. ait Praetor* 7. §. *sed quod* 10. *D. de min.*, & *L.* 1. *C. si min. ab hered. se abstin.* Denique suum heredem desinere suum esse, ex eo facile conficitur, quod locus fiat substituto, *cit. L. jam dubitari* 86., & *L. ex contracta* 44.: quumque hic sit secundus heres, si ille non desineret esse suus, jam duo unius essent ex asse heredes: quod quam ridiculum sit, nulli non patet. Est quidem inspecie pulchra conjectura Fabri, substitutum hoc casu magis bonorumpossessorem esse, quam heredem; sed quis dedit Fabro novam confingere bonorum possessionem, quam Leges ignorant?

Non minus difficilis, atque obscura est ea quaestio, num si testator alterum casum expressit, i. e. vel eum, quo nolit, vel eum, quo esse heres non possit, utrumque expressisse intelligatur. Putat Bartolus (& magnus cum eo facit interpretum numerus) si alteruter casus exprimatur, etiam non expressum pro expresso haberi, quia testator in eum finem substituit, ne moriatur intestatus: proinde argumento ducto, ex eo fine, credendum est, eum quamvis unum casum expresserit, in omnem casum substituisse. E vero multae aliae caussae sunt, in quibus casus expressus producitur ad non expressos, si unus omnium sit finis. Ita quum filiusfam. sui juris fiat vel emancipatione, vel patris morte, quum naturali, tum civili, casus emancipationis ad casum mortis extenditur, & contra, *L. Gallus* 29. §. 5. *de lib. & post.*, *L. mulier* 22. *pr. ad Trebel.*, & *L. si mater* 3. *C. de inst. & subst.* Ita etiam casus, quo filius, nepосve nascatur post testamentum, mortemve testatoris, eum quoque casum continere, quo ante testamentum vel vivo testatore nascatur, & contra, *L. Titius* 25. §. 5. *D. de lib & post.*, & *L. ult. C. de post. her. inst.*: quin ubi idem est finis, pro eodem habentur *nolle & non posse*, ut in *L.* 1. §. 2. *de procurat.* A Bartolo discrepant Recentiores, quorum argumenta haec sunt. Poterat testator paucis illis & vulgaribus verbis, *si heres non erit*, omnes casus complecti, & maluit tamen iis, *si heres esse noluerit*, aut iis, *Si heres esse non potuerit*, casum unum exprimere: cui consequens omnino est, eum in unum illum casum substituere voluisse. Deinde τὸ *si noluerit*, aut *si non potuerit* conditio est: conditiones autem in *forma*, ut ajunt, *specifica* implendae sunt, *L. qui herede* 44. *pr.* & *L. Maevius* 55. *de cond. & dem.* Ad haec Pomponius in *L. commodissime* 10. *de lib. & post.*, postquam dixerat, eum, qui nondum natus est, institui heredem posse, *Sive vivo testatore, sive mortuo natus fuerit*, aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione, haec subjicit, *si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum*. Denique Papinianus in *L. pater* 101. *de cond. & dem.* Severinae (al. Severianae) Proculae praedium a patre relictum ponit sub conditione, *Si Aelio Philippo cognato nupsisset*, h. e. uti eam Papinianus interpretatur, *si nubere voluisset*: quod si ea non nupsisset, h. e. *noluisset nubere*, idem praedium Philippo datum: tum ait, si filia nondum viripotens moriatur, Philippo non deberi fideicommissum, tanquam datum, si nollet filia, non si non posset. Haec ita disputantur in utramque partem. Diu est, quum Bartoli opinio exulavit e scholis, sed ea tamen dominatur in foro. Ego ad hunc usque diem a Bartolo seorsum sensi, nunc sentio cum eo: & fortasse novae aliquid lucis afferam

ram huic rei; sed non omnibus, quae aut is, aut pro eo aliis scripserunt, adsentior; nam quid magis ridiculum, quam nolle & non posse pro eodem habere, *arg. L.* 1. §. 1. *de procurat.*, quae nihil facit ad rem? Ait ibi Ulpianus, usum procuratoris necessarium esse, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possint vel agere, vel conveniri. Quis autem istinc recte colligat, generaliter pro eodem haberi nolle & non posse? Ubi de procuratore constituendo agitur, nolle & non posse spectato effectu videntur haberi pro eodem, quia Lex litigatoris arbitrio permittit procuratorem agere, vel conveniri, sive quia suis ipse rebus superesse non vult, sive quia non potest. At non ex heredis instituti arbitrio pendet hereditatem adquirat, nec ne; uti haud inscite Thomas Papillonius *De direct. her. subst. cap.* 7. Uno argumento vere decretorio veram pronuncio sententiam Bartoli, quod quum in qualibet testamenti parte, tum maxime in *conditionibus voluntatem potius, quam verba considerari oporteat*, ut Papinianus scribit in *cit. L. pater* 101., quae frustra opponitur, ut mox: certe vero qui substituit, id eo facit, ut moriatur in omnem casum testatus: neque ulla potest ratio afferri, cur is qui voluit testatus mori, si primus heres adire nollet hereditatem, mori maluerit intestatus, si ille non posset, & contra; quodque is unum tantum casum expressit, non potest conjecturam istam voluntatis excludere. Saepe jurisconsulti supplent ex conjectura quod non expressit testator, verisimiliter autem expressisset, si de eo cogitasset, ut in *cit. L.* 22. *ad Trebel.*, & *cit. L. ult. C. de post. her. inst.*: quin eo casu *minus* a testamentario *scriptum*, quam a testatore *dictum* praesumunt, ut *in L. quum avus* 102. *de cond. & dem.* Non obstat *cit. L. commodissime* 10., namque obtinere vim Legis *non potest* postquam Justinianus vetus dissidium dirimens, cujus ea vestigium est in Pandectis a Triboniano indiligenter relictum, jussit postumis sub ea conditione scriptis heredibus, *si intra decem mensium spatium post mortem ejus editi fuerint*, voluntatem testatoris, sive post ejus mortem, *sive eo vivo fuerint procreati, immutilatam manere*, ac proinde testamentum non rumpi, *ne poenam patiatur praeteritionis, qui filios non praeteriit*, *cit. L. ult. C. de post.*: quin ex nova Justiniani Constitutione gravissimum enascitur pro Bartolo argumentum. Neque obstat *cit. L.* 101. *de cond. & dem.*, in qua aliud ab eo agitur, quod nunc venit in quaestionem. De illo nunc queritur, num casus unus a testatore expressus ad alterum non expressum producatur. At in *cit. L.* 101. hoc agitur, num possint late patentes clausulae, qualis illa est, *si non nupsisset*, ex conjectura voluntatis coangustari. Et Papinianus quidem in *cit. L.* 101. clausulam *si non nupsisset* duos casus comprehendentem, alterum, si noluisset, alterum, si non potuisset, interpretatione coangustavit, restrinxitque ad casum, quo noluisset, quia subesse rationem vidit, cur ita voluerit testator. Voluit pater praedio Severinae filiae relicto eam allicere ad nuptias cum Aelio Philippo cognato ineundas: porro, si filia oblatas a patre nuptias recusasset, idem praedium transtulit in cognatum eo certe animo, ut & filiam deserti officii moneret, & injuriam cognato inlatam quadantenus solaretur. Cessant autem ista, si ea aetate decessit filia, qua nec velle poterat, nec nolle. Nunc facile intelliges, quemadmodum sit accipiendum illud, quod vulgo

vulgo dictitant Nostri, conditiones esse *in forma specifica* implendas. Est id quidem verissimum, si non aliud suadeat conjectura voluntatis. *Forma specifica* potior est voluntatis conjectura in *cit. L.* 101. *de cond. & dem.*, *& in cit. L.* 22. *ad Trebell.*

Ad alia transeo, quae mihi supersunt, nondum tamen abeo a verbis, *si ille heres non erit*. Interest, num ille, cui alius substituitur, sui juris sit, an alieni. In eo, qui sui juris est, verba, *si heres non erit* illud significare ait Trib. §. 5. *Inst. h. t.*, si hereditatem non adquisierit sibi, eive, cui, sive patri, sive domino *postea*, i. e. post testamentum, sed ante testatoris obitum, subjectus esse caeperit: in eo autem, qui alieni juris est, ita accipi, *si neque ipse heres erit*, sui juris esse incipiens post testamentum, sed vivo adhuc testatore, *neque alium*, i. e. dominum patremve, *heredem effecerit* non desinens esse juris alieni. Eadem scripserat Julianus *in L. 11 paterfam.* 40. *de her. inst.* Utroque casu certi juris est substitutum excludi, *L. post. aditam* 5. *C. de imp. & al. subst.*, & *L. si quis* 7. *D. de adq. her.* Quod vero filiusfam. ac servus jussu patris ac domini adeunt hereditatem, *L. si ego* 26. *eod.*, questionis est, num, si pater, vel dominus jubeat adire, filius autem, servusve officium detrectet, ipse possit pater, aut dominus adire excluso substituto. Et secundum ea quae modo sunt dicta, negandum videretur; nam filiusfamilias servusve aut sibi deberet mutata post testamentum conditione adquirere hereditatem, aut non mutata conditione patri vel domino: adquirere autem alias quam adeundo non potest: nec quisquam potest, nisi velit, adire, *arg. L. nolle* 4. *D. eod.* Hoc argumento satis multi negant, & nominatim Fachinaeus *Centrov. lib.* 4. *cap.* 63. Et magna quidem vis esset istius argumenti, si sola esset ratione pugnandum. Sed Justiniani auctoritas obstat in *L. ult. pr.* §. 1. & 2. *C. de bon. quae lib.*, qua moti Bartolus, alique patrem-dominumve praeferunt substituto. Agens ibi Justinianus de bonis adventitiis, quorum ususfructus pertinet ad patrem, hunc ait *recusante filio liberam habere licentiam sibi adire hereditatem, & omne sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam . . . . . quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus*. Et quamvis de solo patre loquatur, quin idem de domino senserit, non dubitandum. Idem utriusque jus est: quin potius domini jus est, quam patris. Illud & hic addo quod si heres scribatur servus alteri legatus, tum ei vulgari modo substituatur, ut in hac formula apud Scevolam in *L. servum* 48. §. 1. *h. t.*, *Stichum Maevio do lego. Stichus heres esto: si Stichus heres non erit*. Haec verba *si heres non erit* unum hunc casum recipiunt, si dominum non effecerit heredem: quod in *cit.* §. 1. non obscure docet Scaevola. Hujus tamen ratio haec est, quia quem servum testator heredem instituit, eum ipsum eodem testamento legavit Maevio.

Porro interest, num testator conditionem primi heredis scierit, necne. Si sciat, iis fit locus, quae modo sunt dicta: si nesciat, locus fit iis quae sunt apud Julianum in *L. si paterfam.* 40. *D. de her. inst.*, unde descripsit Tribonianus §. 4. *Inst. h. t.*, *Si paterfamilias*, inquit Julianus, *Titium, quem ingenuum esse credebat heredem scripserit, eique si heres non esset, Sempronium substituerit: deinde Titius, quia servus fuerat, jussu domini adierit h: . .*

hereditatem; potest dici, Sempronium in partem hereditatis admitti: & hoc Tiberium Caesarem in persona Parthenii servi sui constituisse scribunt Pomponius in *cit. L.* 41. *eod.*, ac Tribonianus in *cit.* §. 4. In dubia re media sententia ut plurimum tutior. Exempla sunt *in L. antiqui* 3. *D. si pars hered. pet.*, *& in* §. *ult. Inst. qui & quib. ex caus. man.* in proposita specie si velis alterutri solidum dare, neutri tuto dabis. Ne domino des, facit conjectura voluntatis testatoris, qui, quod heredem institutum putaverit patremfamilias, videtur non fuisse instituturus, si eum esse servum scisset: tantum abest, ut possit videri consulere domino voluisse. Ne des substituto, vetat regula illa juris, plus valere quod in veritate est, quam quod in opinione, §. 11. *Inst. de leg.* Aequissime igitur Julianus ac Tribonianus substitutum *in partem* admittunt: aequissime *divisam* Tiberio Caesare *hereditatem* Pomponius inquit. Τὸ *in partem* apud Julianum, ac Tribonianum, ac τὸ *divisa hereditas est* apud Pomponium apertissimo indicio sunt partium aequarum; regula est enim juris, *Si non fuerit certa portio adjecta, dimidiam partem deberi*, *L. nomen* 164. §. 1. *de V. S.*, ut vix sint ferendi, qui duos faciunt semisses, horumque alterum ex aequo partiuntur inter substitutum ac dominum, alterum dant integrum aut domino, aut substituto. Utramque sententiam solide refutavit Jac. Gothofredus *Animadv. jur. cap.* 15. *&* 16. Accursium, atque Aretinum utriusque sententiae principes egit transversos, quod sequitur apud Julianum in *cit. L.* 40., *Igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur*. Ecce alter semis inter dominum, & substitutum dividitur: alter huic, aut illi integer dandus. Res est multae operae, ac laboris, erba Juliani sic interpretari, ut eum proprie loquutum dicas; meo enim judicio de verborum proprietate, non de sententia juris ambigitur. Collatis Juliani, Pomponii, ac Triboniani locis manifestissimum fit, inter dominum & substitutum assem ex aequo dividi, non alterum semissem. Opiniones sive eorum, qui aliquid emendant, supplentve, sive eorum, qui aut τὸ *alter*, aut τὸ *inter*, aut τὸ *dividatur* aliter explicant, quam vulgo eae voces sonant, sive eorum, qui Juliani locum ad certam speciem restringunt expendere nunc tempus non sinit.

Sed nonne Juliani, Pomponii, ac Triboniani locis obstat Imperatoris Alexandri rescriptum ad Vitalem militem in *L. quum proponas* 3. *C. de her. inst.* Ita praeseferunt haec ejus verba, *Quum proponas, Alexandrum equitem testamento primo loco Julianum, ut libertum suum, heredem instituisse, eique substituisse his verbis, Quod si ex aliqua caussa primus heres hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit; tunc in locum ejus secundum heredem substituo Vitalem: post mortem autem testatoris Julianum servum communem fuisse defuncti militis, & Zoili fratris ejus apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est questio. Nam si credens eum proprium & suum libertum, heredem instituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit: extitit conditio substitutionis, tibique hereditas delata est. Quod si verba substitutionis subscriptae ad jus retulis, ut si nec per semetipsum alium fecisset heredem (potuit enim, quamvis jubente domino, nolle adire) ita demum substitutus vocaretur, si tamen paruerit domino, & adierit: substi-*

substitutioni locus non est. Eam ipsam speciem, quam Julianus, Pomponius, ac Tribonianus, tractat Alexander, aitque quaestionem esse voluntatis, hanc autem ita esse interpretandam, ut uno casu dominus, altero excludatur substitutus, utroque uni tota hereditas detur. Non placet, quod Chifletio *De subftit. cap.* 12., aliisque bene multis video placere, jus vetus de hereditate inter dominum, & substitutum dividenda fuisse ab Imperatore Alexandro immutatum; ita enim ponendum esset, Tribonianum, quum Pandectas componeret, novae Constitutionis, quam Codici inseruerat, oblitum, rursusque ejus oblitum, quum componeret Institutiones: demum, quum Codicem ederet repetitae praelectionis, fragmentorum Juliani, ac Pomponii, quae in Pandectis, atque Institutionibus proposuerat, oblitum: quod vix est, ut cuiquam verisimile possit videri. Placet autem, quod Accursio, Cyno, Castrensi, & magno Cujacio placuit, casum quem in Pandectis, atque Institutionibus Julianus, Pomponius, ac Tribonianus proponunt, alium ab eo esse, quem proponit Alexander. Hic casum proponit, quo ex conjectura voluntatis aut substitutus domino, aut dominus substituto praeferatur. Casum illi proponunt, quo nulla suppetit conjectura, nec aut domini, aut substituti caussa praeponderat. Duos casus habes apud Alexandrum, tertium apud Julianum, Pomponium, ac Tribonianum.

Jam vero, quod superius dictum est *Tò si heres non erit* id etiam significare, *si non alium effecerit heredem*, putat Bartolus, cui plerique omnes subscribunt, non modo ad dominum patremve, sed & ad eos pertinere, ad quos non dum adita hereditas transmittitur. Hos nostri *transmissarios* vocant. Eorum genus triplex: primum eorum, qui *transmissarii sui heredis*: secundum eorum, *qui transmissarii Theodosiani*: tertium eorum, *qui transmissarii Justinianaei* vulgo appellantur. Si quis suorum heredum testamento scriptus heres mortuo testatore decedat, hereditatem ad heredes suos ut ut extraneos transmittit, namque haec illi statim post mortem testatoris quaeritur ipso jure, sicque quaesita transit illo mortuo ad heredes, qui proinde *transmissarii sui heredis* dicuntur. Porro liberi utriusque sexus, quum sui, tum emancipati a parentibus utriusque sexus paternis, maternisve scripti heredes; si non sint ultra tertium gradum, ad suos tantum liberos cujuscunque sexus, vel gradus hereditatem transmittunt ex constitutione Theodosii in *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.*, unde *transmissariorum Theodosianorum* nomen. Postremo heredes quicumque si intra tempus decesserint, quod eis ad deliberandum est datum, (tempus hoc varium est. *L. ult.* §. 13. *C. de jure delib.*, *& L. siquis 72. de adq. her.*) jus illud deliberandi intra tempus, quod reliquum est, ad quosvis heredes transmittunt ex Constitutione Justiniani *in L. quum in antiquioribus 19. C. eod.*, unde *hi transmissarii Justinianaei* dicti sunt. Venio nunc ad Bartolum, certaque separo ab incertis. Substitutos *a transmissariis sui heredis* excludi, non ambigitur. Quae de suo herede modo sunt dicta; quaeque alia a nobis scripta sunt *Inst. repet. praelect. tom.* 2. id manifestissime evincunt. Excludi etiam a *transmissariis Theodosianis*, verba ipsa Theodosianae Constitutionis demonstrant. *In cit. L. un.* scriptum est, liberos utriusque sexus, si non sint ultra tertium gradum, a parentibus scriptos heredes *etiam ante apertas tabulas, ac sive se noverint scriptos heredes*, *sive*

sive ignoraverint derelictam sibi hereditariam portionem in liberos transmittere. Verba, *etiam ante apertas tabulas, ac sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint*, firmissimo sunt argumento, Theodosium liberos non suos, quum de hereditate trasmittenda agitur, pares suis heredibus fecisse. Ergo quemadmodum ad transmissarios suorum heredum, ita ad Theodosianos jam quaesita hereditas transit: proinde vulgarem substitutum excludi necesse est. Verba *hereditariam portionem in liberos transmittere*, apertissime probant, liberos ea transmissione heredes fieri: adeoque substituto vulgari secundum ea, quae de vi formulae *si heres non esset*, sunt dicta, fieri locum non posse. Jam porro scriptum est in *cit. L. un.* Theodosianos istos *transmissarios* hereditatem *tanquam debitam vindicare*; dicitur autem vindicari, quod jam est quesitum. Et licet quod nobis est *debitum* proprie condicatur, non vindicatur, §. 2. *Inst. de act.*, tamen recte monet Faber *de err. Prag. dec.* 34. *err.* 4. *num.* 14., non esse tantam verborum proprietatem tam exacte desiderandam in Constitutionibus posteriorum Imperatorum, praesertim Theodosii & Valentiniani, quorum temporibus jam erat multum de veteri illa prudentum, priorumque Imperatorum eloquentia deminutum. Num idem de *transmissariis Justinianaeis* jus sit, incertum. Et plerique omnes post Bartolum ajunt: rectius negat post veterum nonnullos Faber *in cit. dec.* 34. *er.* 5.; alia enim *transmissariorum* primi, & secundi generis, alia *transmissariorum* tertii generis ratio est. Ad hos jus tantum deliberandi, non hereditas: ad illos ipsa hereditas transmittitur. Primus heres, quo substitutus excludatur, alium facere heredem debet: id vero facere transmissio juris deliberandi non potest, nam nemo plus juris in alium transfert, quam ipse habeat *L. nemo* 54. *de reg. jur.*: si autem, qui nihil deliberans moritur, non moritur heres: contra suus, & liberi mori heredes intelliguntur hoc ipso quod hi hereditatem non recusaverint, uti Theodosius loquitur *in cit. L. un.*, ille non abstinuerit hereditate. Hoc uno argumento satis refelluntur qui sentiunt cum Bartolo, ac nominatim Fachin. *Contr. lib.* 4. *c.* 62.

Nec quidquam faciunt ad rem juris loca, quae in suam illi sententiam laudant. Ad rem non facit quod ajebat Scevola apud Paulum *in L. quod si minor* 24. §. 2. *de minor*, minorem, qui juvenili levitate ductus omisit, vel repudiavit hereditatem, heredemque etiam minoris re integra exaudiendum adversus substitutum? nam quid commune habet in integrum restitutio cum jure deliberandi? In integrum restitutio facit, ut res redeat ad pristinum statum, *cit. L.* 24. §. 4., ac proinde nunquam omissa, aut repudiata fingatur hereditas: non repudiata autem hereditate locus vulgari substituto non erat. Contra jus deliberandi statum rerum non mutat: status autem hic est, ut heres institutus nec ipse se, nec alium fecerit heredem. Multo minus ad rem facit argumentum, quod ducunt ex Imp. Gordiani rescripto in *L. si fratris* 3. *C. de jure delib.*: id autem recte intelligi nisi adscriptis Gordiani verbis non potest. Verba sunt, *Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate, sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit existere: sive ex parte, nihilominus statim suus ei heres extitit; nec ea propter quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad ejusdem Patris tui*

potes

potes accedere successionem. Prior haec pars rescripti ad trasmissarium pertinet sui heredis. Obstat is substituto, multoque magis heredi legitimo. Pergit Gordianus, *Quod si, quum sui juris esset ante aditam hereditatem decessit, tuque fratri tuo legitimus heres extitisti, quae hereditariarum facultatum sunt, vel quae ab alio injuria detinentur, Praesidis diligentia tibi restituentur.* In posteriore hac parte rescripti subaudiunt illa, *sive ex asse institutus est, sive ex parte*: tum ajunt si sui juris filio heredi scripto datus est coheres, & filius ante aditam hereditatem decessit, coheredem, cui jus adcrescendi competit, a fratre testatoris, eodemque filii defuncti patruo tanquam transmissario juris deliberandi excludi: demum si juris istius transmissio obstat juri adcrescendi, eam obstare itidem ajunt substitutioni; nam quid est aliud jus adcrescendi, nisi tacita substitutio? Confer *L. si Titio* 61. §. 1. *de leg.* 2., & *L. non justam* 4. *C. ad SC. Trebell.* Multo, inquam, minus argumentum hoc ad rem facit; primum enim nulla ibi habetur mentio, quin nulla potuit haberi transmissarii Justinianei annis 292. post Gordianum instituti: deinde quia si in posteriore parte rescripti subaudiretur Τὸ *ex parte*, intelligi non posset quod sequitur, *tuque fratri tuo legitimus heres extitisti*. Dato enim coherede, ad quem hereditaria pars pertinet ex testamento, nullus est reliquus heredi legitimo locus, nisi obiisse patrem ponas testatum, intestatumque: quod jus nostrum in paganis non patitur *L. jus nostrum* 7. *de reg. jur.*: demum quia illud ipsum, quod dicitur, fratrem, eundemque patruum heredem legitimum extitisse, transmissionem omnem excludit; nam transmissarius ex testamento fratris successisset, non, ut a Gordiano rescriptum, ab intestato. In *cit. L.* 3. *vide Fabrum in cit. dec.* 34. *err.* 7., quem tamen, ut alios, fugit ea observatio, in posteriore rescripti parte ponendum omnino esse, sui juris filium ex asse institutum. Sed nec illud est omittendum, si casus Gordiano propositus hodie contingeret, mortuo sui juris filio heredibus liberis aliud jus futurum, hi enim tanquam transmissarii Theodosiani, quos Gordiano recentiores esse constat, heredi legitimo obstarent. Demum non facit ad rem, licet primo oculorum obtutu videatur facere, quod post institutum *transmissarium Justinianeum* Justinianus ipse scripsit in *L. un.* §. *quum autem*, 3. *C. de caduc. toll.*, *Quum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi exceptis quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit, & potuerit, pervenire*; nam nihil necesse est, verba illa veluti per parenthesim interjecta *nisi exceptis quibusdam personis &c.*, quae certae sunt de *Justiniano* etiam *transmissario* intelligenda, verbis adnectere, *si quidem habeat substitutum*, ita ut concurrentibus *transmissario Justinianeo*, ac substituto ille sit potior: nec potest *superior pars Legis*, quo spectare ea verba expresse ait Justinianus, absurdissimam istam interpretationem pati. *Superior* illa *pars Legis* est §. *in novissimo* 5. *cit. Leg*, ubi sermo est de transmissario Theodosiano, ac Justinianeo: ibi autem ne verbum quidem unum de substituto; sed id tantum dicitur, ab utroque transmissario fiscum excludi, qui jure caduci veniebat. Ex dictis consequitur, trasmissarium sive sui heredis, sive Theodosianum quum legitimo heredi, tum substituto obstare, quamvis mutata non sit conditio

heredis instituti, nam quae de mutata ejus conditione sunt dicta, ad peculiarem casum pertinent servi, filiive familias instituti; transmissarium vero Justinianeum obstare tantum legitimo heredi. Sed quo transmissioni sit locus, concurrere ea omnia necesse est, quae Justinianus praescripsit in *cit. L.* 19. Adi Antonium Perezium *in Tit.* 30. *Lib.* 6. *Cod.*

Hactenus de vulgari substitutione expressa: ad tacitam transeo. Tacitam dico quae deficiente propria substitutionis formula conjectura voluntatis inducitur. Inest autem ea vel institutioni, vel substitutioni. Ejus, quae institutioni inest exemplum habes apud Celsum in *L. Titius* 24., & Ulpianum in *L. quia* 25. *de her. inst.* Ait Celsus, *Titius, & Sejus, uterve eorum vivet, heres mihi esto. Existimo, si uterque vivat, ambo heredes esse* (*ambo* pro *ambos*, ut duo pro *duos*, est etiam apud Tullium, aliosque bonos latinitatis auctores), *altero mortuo, eum qui supererit, ex asse heredem fore*: ac ne quis putet fieri id jure adcrescendi, continuo subjicit Ulpianus, *Quia tacita substitutio inesse videatur institutioni*. Idem & in legato eodem modo relicto Senatum censuisse idem Celsus scribit in *L.* 26. *eod.* Inest substitutio iis verbis, *Uterve eorum vivet*. Si haec deessent, alteri superstiti alter semis deferretur jure adcrescendi, non tacitae substitutionis diverso effectu. Substitutum sequitur onus, conjunctum, cui pars adcrescit, quae pro non scripta est, non sequitur, *nisi perraro*, uti Justinianus loquitur in *L. un.* §. 3. *de caduc. toll.*, quo verbo duo tresve casus comprehenduntur regulae exemti, de quibus Gothofredus in *cit.* §. 3. *lit. M.* Ejus, quae inest substitutioni, exemplum extat apud Julianum in *L. Titius* 27., Papinianum in *L. coheredi* 41. *pr. h. t.*, ac Tribonianum *in* §. 3. *Inst. de vulg. Si Titius*, verba sunt Juliani, *coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius*, (qui non erat in numero heredum) *verius puto, in utramque partem* (h. e. Titii, & coheredis) *Sempronium substitutum esse*. Finge ita scriptum, *Titius, & Gajus heredes sunto: si Titius heres non erit, heres esto Gajus: si Gajus heres non erit, heres esto Sempronius*. Hoc casu deficientibus Titio, & Gajo heredibus institutis, admittitur Sempronius quum ad partem Gaji, cui fuerat expresse substitutus, tum ad partem Titii, quasi huic tacite substitutus: atque hoc est, quod vulgo dictitant nostri, substitutum substituto intelligi etiam instituto substitutum. Tò *verius puto* apud Julianum juris controversi indicium facit: sed tum ita *sine distinctione rescripsisse Severum & Antoninum* testis est *in cit.* §. 3. Tribonianus. Permagni autem interest Sempronii ad Titii partem admitti jure substitutionis, non jure adcrescendi, nam si ita scriptum finxeris, *Titius, Gajus, & Maevius heredes sunto: si Titius heres non erit, heres esto Gajus: si Gajus heres non erit, heres esto Sempronius*: hoc casu deficientibus Titio, & Gajo, Sempronius jure adcrescendi non excluderet Maevium, quem prorsus excludit jure substitutionis, quod potius est jure adcrescendi, *L.* 2. §. 8. *de bon. poss. sec. tab.* Sed de altera controversia Severi atque Antonini rescripto diremta subobscure monet nos Tribonianus eo verbo *sine distinctione*, quod momentosum est, atque a Theophilo omissum miror. Id explicatius tradit Papinianus in *cit. L.* 41. *pr.*, *Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit. Ad substitutum ejus, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit*,

orbit, nec interrit, prior substitutus post institutum, an ante decedat. Duo nos docet Papinianus, alterum, nihil referre, quis sit ordo scripturae, i. e. num testator Titio & Gajo heredibus institutis primum Titio Gajum substituat, tum Gajo Sempronium, an hunc primum Gajo, tum Titio Gajum: alterum, non interesse, num Gajus prior substitutus post Titium institutum, an ante decedat. Sed contrarium verbis Scaevolae videtur tradere Tribonianus in *L. qui habebat* 47. *h. t.*, *Qui habebat filium & filiam impuberes, instituto filio herede filiam exheredavit, & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit; sed filiae, si antequam nuberet, decessisset* (i. e. decessisset non dum nubilis & impubes) *uxorem suam, item sororem suam substituit. Quaero, quum filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, an filii hereditas ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non pertinere*: subaudi, *jure substitutionis*. Num Tribonianus verbum Papiniani a Scaevola praeceptore suo dissentientis, atque Imperatorii rescripti immemor Scaevolae locum Pandectis inseruit? Sed quis est, cui verisimile possit videri, Tribonianum adeo immemori, atque hebeti ingenio fuisse, ut eidem Titulo subjecerit duos contrarios locos, quorum alter prope aberat ab altero? Num in specie Scaevolae ponendum, secundam substitutionem pubertate filiae expirasse, legendumque *filia pubes*, aut *impubes* accipiendum quasi scriptum *olim impubes, nunc pubes*? Ita visum Accursio. Id vero quis potest pati? Prius libri Florentini, caeterorumque exemplarium fides: posterius verba latini sermonis ratio non patitur: ac ne ipse quidem Scaevola, qui distingnit apertissime casum, quo substitutus prior, a casu, quo posterior decedit: nihil autem caussae est, cur ita distingueret, nam ne tunc quidem, quum substitutus post institutum jam pubes factus & heres moritur, locus est reliquus substituto. Ego cum iis sentio qui pupillarem substitutionem separant a vulgari: & in hac quidem substitutum substituto esse ajunt substitutum instituto, in illa negant. Certe alteram ab altera substitutione separant Scaevola, & Papinianus. Hic de vulgari loquitur, ille de pupillari. Sed quae ratio est, cur aliud in vulgari placuerit, aliud in pupillari? Janus a Costa, Bachovius, & satis multi interpretes Institutionum rationem hanc adferunt, quia quum contra rationem juris receptum sit, ut pater filio heredem scribat, non est facile in pupillari substitutione admittendum quod ex tacita ipsius testatoris voluntate admittitur in vulgari. Jacobus Cujacius in *L.* 27. *h. t.*, Thomas Papillonius *De direct. hered. subst. cap.*, Vinnius, aliique non pauci in *cit.* §. 3. *Inst.*, diversum istud jus ex eo natum putant, quod in vulgari de duabus partibus agitur unius hereditatis: in pupillari de duabus hereditatibus: quo fit, ut in vulgari scindi hereditas nequeat inter heredem legitimum & substitutum: in pupillari vero nihil vetet, alteram hereditatem ex testamento, alteram deferri ab intestato. Porro idem Bachovius observat, in specie Scaevolae non substitui pupillo heredem, ut apud Papinianum, sed filiam exheredatam: quo casu multo esse difficilius videtur, eos, qui exheredatae filiae sunt substituti, etiam pupillo heredi scripto substitutos censeri. Ego Cujacianam rationem habeo potiorem. Sed & dici meo judicio posset (nihil enim vetat ne in re adeo obscura meum ego judicium, qualecumque sit, interponam) in substitu-

tione pupillari primum substitutum non proprie substitutum esse, sed primum heredem filio scriptum, adeoque eo ante filium mortuo expirare substitutionem.

Exemplum alterum substitutionis, quae substitutioni tacite inest, habes apud Justinianum *in L. ult. C. de her. inst.* Ulpianus in suis ad Masurium Sabinum libris a testatore, cui nomen non erat Plotius, ita scriptam finxerat, *Sempronius Plotii heres esto*. In hac specie creditum a nonnullis primum inquit Justinianus, testatorem scripsisse sibi heredem Sempronium, ac τὸ *Plotii* errorem nominis esse: quam sententiam merito reprehendit; quis enim adeo supinus, & vero etiam stultus, ut nomen suum ignoret? Tum ait, si forte testator Plotio cuidam heres extitit, manifestum esse, eum sibi Sempronium heredem instituisse; nam regula juris est heredem heredis testatoris esse heredem. Demum haec subjicit, quae faciunt ad rem, *sin autem nihil tale factum est, supervacuam & inanem hujusmodi institutionem esse: nisi prius herede Plotio sibi instituto, sic adjecerit, SEMPRONIUS PLOTII HERES ESTO; tunc etenim existimandum est eum dixisse, si non Plotius heres sibi fuerit, tunc Sempronium in totam partem Plotii ex substitutione vocari: ita ut ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus inveniatur*.

Praeter eunda non est quaestio inde usque a temporibus Romanae Reip. apud Centumviros agitata, num substitutioni pupillari tacite insit vulgaris. De hac re disputatum in caussa M. Curii refert Cicero in Bruto *Cap. 36*. Caussa, quantum ex multis Tullii locis colligit Corradus, haec erat. Coponius quidam filio, si in decem mensibus nasceretur, atque intra pubertatem decederet, M. Curium substituit. Non nato filio M. Coponius testatori adgnatus hereditatem petebat tanquam sibi delatam ab intestato. Contra Curius ex tacita vulgari vindicabat hereditatem. M. Coponii caussam ex scripto tuebatur vir in jure peritissimus, & juris peritorum eloquentissimus Scaevola. Caussam Curii tuebatur ex aequo et bono eloquentium juris peritissimus Crassus. Et victum apud Centumviros a Crasso Scaevolam, non obscure demonstrant Tulliana haec de Crasso, *Ita multa contra scriptum pro aequo & bono dixit, ut Q. Scaevolam obrueret argumentorum exemplorumque copia*. Est autem cur miremur, controversiam istam ad tempora usque Justiniani nulla certa Lege finitam fuisse, & pendere adhuc in Scholis: & vero quae olim Crassi, ea tum fuit sententia Accursii, Bartoli, ac plerumque quum antiquiorum, tum recentiorum interpretum juris: quae fuerat Scaevolae, ea tum fuerit Viglii, Fabri, aliorumque. Sed rectissime Cujacius in *L. jam hoc jure 4. L. 1.* quod in caussa Curiana pronunciaverunt Centumviri, confirmatum scribit constitutione Divorum Fratrum: cujus rei locupletissimus testis est Modestinus in *cit. L. 4. pr.* his verbis, *Jam hoc jure utimur ex Divi Marci, & Veri constitutione, ut quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur; sive filius heres non extiterit, sive extiterit & impubes decesserit* τὸ in *alterum* idem est atque in alterutrum: sicque recte opponitur τὸ in *utrumque*. Ergo certi juris est vulgari expressae tacitam pupillarem, & pupillari expressae vulgarem tacitam inesse, idque luculenter confirmant, quae apud Modestinum sequuntur §. 2.

Air

Ait is, si filii duo alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, *Eos-que invicem substituo*, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam intelligi substitutionem ex constitutione Severi & Antonini: tum consilium patri dat; *Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere de-debit: ut si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem im-pubes heres exstiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur, quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur*. Im-puberi fratri fratrem puberem substitutum ponit Modestinus in eum casum, *si heres extiterit, & intra pubertatem decesserit*: qui casus est substitutionis pupillaris: & eo casu substitutum videri ait *in utrumque eventum*, h. e. quum in casum substitutionis pupillaris expressae, tum in casum vulgaris, quae pupillari tacite inest. Quid clarius? Et duo tamen reponit Faber. Alterum est, si tacitam vulgarem D. Marci constitutio induxisset, nihil futurum fuisse caussae, cur de ea Modestinus tanquam de re dubia dispu-tet: eoque movetur ut credat sub nomine Modestini imperitum Tribo-nianum latere. Alterum est, casum a Modestino tractari mutuae substitu-tionis expressae, eoque uno casu pupillari vulgarem inesse, nam cujus, cumque mutuae dispositionis reciprocatio ipsa favorabilem apud jurisccon-sultos caussam facit, *L. si pater C. de inoff. test*. Sed Fabriana ista mirum quam levia sunt. Tantum abest, ut de eo disputat Modestinus, num pu-pillari tacite insit vulgaris, ut potius ex eo, quod vulgaris certe inest pupillari, patrem moneat, ut, si filios alterum puberem, alterum impu-berem habeat, & puberem substituere impuberi velit in utrumque casum, abstineat generali formula, *eosque invicem substituo*, nam si vel solam ex-primat substitutionis pupillaris formulam, hac una voti compos fiet. Por-ro nihil est in verbis Modestini, quod aliquo esse indicio queat, eo tan-tum casu, quo mutua est substitutio, tacitam vulgarem admitti.

Nunc quae sunt argumenta, quibus Viglius, Faber, aliique in contra-rium nituntur? Primum illi contrariam sententiam ex scripto tuentur, quasi non in plerisque caussis aequum & bonum praevaleat. Atque ut non aliun-de, quam a substitutionibus ejus rei exempla petamus, ecce, vulgari sub-stitutioni tacite inest pupillaris ex Divorum Fratrum constitutione in *cit. L. 4. pr.* & ex bono quidem & aequo, i. e. ex conjectura voluntatis inest prae-ter scriptum. De patris in filium voluntate Lex quam optime praesumit. Quod igitur filius in pupillari aetate decedens facere sibi testamentum non potest: potest autem pater filio facere testamentum: quodque filio expedit testatum mori, censendus est pater facere voluisse quod poterat, filiique in-tererat fieri. Ita quum ipsi patri expediat mori testatum, quamvis in eum casum expresse substituerit, si filius heres esset, atque in aetate pupillari decederet, multo magis credendum est; substituere etiam voluisse in ca-sum, si heres non esset; quis est enim qui quem vult filii sui heredem esse, eum non sibi heredem velit? maxime quum *heredis heres*, h. e. filio impuberi heredi scripto substitutus, *heredis appellatione contineatur*, *L. he-redis 65. de V. S.*: quo fit ut si filio impuberi exheredato substituatur, nullus tacitae vulgari sit locus.

Deinde Javoleni locum opponunt in *L. paterfamilias*, quae in Pandectis Florentinis est 28. *de relat. auct. jud. possid.*, in Vulgatis libris est 13. *de pri-*

vileg. credit. Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit, idque bona patris venierunt: tum alia hereditas filio obvenit, hicque ea adita decessit. In hac specie Javolenus substitutum admittit, & *Quaero ait, quum Praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret: an in substitutum, creditoribus patris danda sit actio: quum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos ab bona pertinent, nihil adquirat: & quum creditores nihil juris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit, adiretur, necne, pupilli hereditas, quum ea bona, admissa a substituto hereditate, ad creditores non pertinebant.* Substitutum admittit Javolenus ex substitutione pupillari expressa, namque eum mortuo ante pubertatem filio, & post aditam ab eo hereditatem admittit. Si qua tacita vulgaris inesset pupillari, vivo adhuc, & se abstinente filio substitutum admisisset Javolenus, eumque coegisset paternis creditoribus respondere, nec ulla fuisset ratio dubitandi, num substitutus paternis creditoribus teneretur, nam qui non solum pupillo ex pupillari expressa, sed & ipsi patri ex tacita vulgari succedit, certe non potest hereditatem patris ab hereditate filii separare, Sed hinc illud unum posset consequi, Javolenum in ea opinione fuisse, in qua olim fuerat Scaevola, non item illud, pupillari substitutioni non inesse vulgarem; id enim primi constituerunt M. Antonius & Aelius Verus multis annis recentiores Javoleno, quem Trajano coaevum Plinius facit *Lib. 6. ep. 15.* Ita subirasci quispiam posset Triboniano, quod opinionem nova divorum Fratrum constitutione abolitam reliquerit in Pandectis.

Finem Capiti imponat quod temporibus veterum Jurisconsultorum venerat in questionem, postquam vero Tribonianus Fragmenta duo Pandectis inseruit, alterum Pauli in *L. sed si plures* 10. §. *ult.*, alterum Scaevolae in *cit. L. servum* 48. §. 2. *h. t.*, certi juris esse caepit. Quaesitum scribunt Scaevola, & Paulus, num possit institutus ipse sibi substitui. Et in hac quaestione quaerendum esse ait Scaevola, *utrum unus gradus sit, an duo, & an caussa mutata sit substitutionis, an eadem permaneat.* Unus est gradus, quum institutus recta, h. e., non per aliam interpositam personam sibi substituitur. Duo sunt gradus, quum sibi quidem substituitur, quia is idem est institutus, & substitutus, sed per aliam interpositam personam. Si scriptum sit, *Titius heres esto: si Titius heres non erit, Titius heres esto*, unus est gradus. Si scriptum sit, *Titius heres esto: si Titius heres non erit, heres esto Gajus: si Gajus heres non erit, Titius heres esto*, duo sunt gradus. Porro duos iidem esse gradus inquit Paulus, si coheres adjiciatur heredi instituto, & hic illi in ejus partem substituatur, ut in hac formula, *Titius heres esto, Gajus heres esto: si Cajus heres non erit, in partem Gaji heres esto Titius*; quoniam enim coheres est quasi substitutus, Titius, qui Gajo coheredi, & quasi substituto suo substituitur, substitui intelligitur ipse sibi, uti rectissime Goveanus ad *cit. L.* 10. §. *ult. n. 6.*, quumque ipse sibi substituatur per interpositam Gaji personam, duo esse gradus videntur. Sed momentosum est in proposita formula Τὸ *in partem.* Non sola coheredis adjectio duos gradus facit: institutum coheredi substitui in ejus partem necesse est, alioquin unus erit gradus: quod non obscure

ſcure docet Paulus ibidem. Jam in ſubſtitutione mutari cauſſam inſtitutionis, ſcribit Goveanus *n.* 4. & 7., quum ſubſtitutionis major, quam inſtitutionis eſt modus, h. e., quum plus eſt in ſubſtitutione, quam in inſtitutione, ſicque cauſſa mutatur in melius: quod mox exemplo illuſtrabitur. His praeſtructis definitio juris apud Paulum haec eſt, *Neminem inſtitutum, & ſibi ſubſtitutum ſine cauſſae mutatione quidquam proficere*, & apud Scaevolam, *Cauſſa inſtitutionis mutata ſubſtitui poſſe*, i. e. non mutata cauſſa non valere ſubſtitutionem, mutata cauſſa valere. Id autem ita eſt intelligendum, ſi unus ſit gradus; nam ſi duo ſint, *valere ſubſtitutionem* Paulus ait, quamvis *non mutetur cauſſa*: quo ſit, ut ſi inſtitutus ſibi ſubſtitutus praetermiſerit inſtitutionem, recte poſſit ſubſtitutionem amplecti, *L.* 2. §. 6. *D. ſi omiſſ. cauſ. teſtam.* Mutatae, aut non mutatae cauſſae, ubi unus eſt gradus, exempla ſunt apud Scaevolam. Finge ſcriptum, *Titius, ſi navis ex Aſia venerit, heres eſto: ſi Titius heres non erit, idem Titius heres eſto.* In hoc exemplo major ſubſtitutionis, quam inſtitutionis eſt modus, h. e., plus in ſubſtitutione eſt, quam in inſtitutione, quia ſubſtitutio pura eſt, inſtitutio ſub conditione, quae poteſt deficere, ideoque in ſubſtitutione cauſſa inſtitutionis mutatur in melius, & manet ſubſtitutio, recteque poteſt Titius omiſſa inſtitutione ſubſtitutionem amplecti. Contra finge ſcriptum, *Titius heres eſto: ſi Titius heres non erit, idem, ſi navis ex Aſia venerit, heres eſto.* In hoc exemplo non mutatur in ſubſtitutione cauſſa inſtitutionis, quia plus eſt in inſtitutione pura, quam in ſubſtitutione conditionali, ideoque ſubſtitutio nullius momenti erit, nec, ſi ſemel Titius omiſerit inſtitutionem, ad hereditatem poterit ex ſubſtitutione venire. Idem jus eſſe inquit Scaevola, *ſi Titius heres ſcriptus ſit*, ſubaudi pure, & *ſi heres non ſit, idem heres eſſe juſſus ſit*, ſubaudi pure. Hoc etiam caſu non valet ſubſtitutio, quia non mutatur cauſſa. Igitur ſic habe, non mutari cauſſam inſtitutionis, aut quum minus eſt in ſubſtitutione, aut quum non plus in ſubſtitutione eſt, quam in inſtitutione. Nunc facile eſt intelligere, quod ſequitur apud Scaevolam. Proponit is ſpeciem hanc ſane pulchram, *Titius heres eſto: Stichum Maevio do lego: Stichus heres eſto: ſi Stichus heres non erit, Stichus liber heresque eſto.* In hac ſpecie ſi Sticho fuiſſet hereditas data, non item libertas; quia fuerat Maevio legatus, verba *ſi heres non erit*, unum hunc recepiſſent caſum, ſi dominum non effecerit heredem, uti ſuperius dictum eſt. Quoniam vero non ſolum heres, ſed liber etiam eſt factus, legato praevalet libertas, & quo tempore legatum eſt factum, eo ipſo tempore ademtum intelligitur, ac proinde non adeunte hereditatem Titio, Stichus ſibi adquiret hereditatem. Jam Sticho legato, & inſtituto, ac ſibi ſubſtituto duo ſunt gradus, quia quum propter legatum adquirere legatario debuiſſet hereditatem, alii videtur ſubſtitutus, non recta ſibi: inſtituto autem, & non legato unus eſt gradus. Duobus iſtis Scaevolae, & Pauli locis adnectendus eſt tertius in *L.* 1. §. 5. *D. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.*, ubi haec Ulpianus, *Si proponatur idem & inſtitutus, & ſubſtitutus, & praetermiſerit inſtitutionem, an incidat in edictum, quaeritur. Et non puto incidere, quaſi teſtator hanc ei dederit facultatem, qui eum ſubſtituit*: Quo autem haec recte intelligantur, animadvertendum eſt, edicto *ſi quis omiſſa cauſſa teſtamenti* locum fieri non eo ſolum caſu, quo ſcriptus teſtamento heres ab

avus, & non poterat. Ecce cautionem, quae vice est substitutionis pupillaris: Sed nonne poterat avus nepotem emancipatum adrogare, tum eos invicem substituere in alterum casum? Ita vero: & hoc multo expeditius fuisset. Ecquid igitur caussae fuit, cur oportuerit de ea re consuli Jurisconsultos? Noluisse avum adrogare scribit Duarenus in *h. Tit. cap.* 14.; sed cur noluerit, caussae video nullam. Ego, quod de nepote pupillo agebatur, avum non potuisse ajo. Olim non adrogabatur nisi jam vesticeps, i. e. pubes, auctore Gellio *Noct. Attic. lib.* 5. *cap.* 19. Pupillorum adrogationes primus permisit Imp. Antoninus secundum ea, quae a nobis sunt scripta *Inst. rep. praelect. tom.* 1. Antoninum autem aetate praeiverunt non Labeo solum, & Ofilius, & Cascellius, & Trebatius, sed & ipse Javolenus, qui illos ab avo consultos refert: Jam verba Africani sunt. *Si mater ita testetur, ut filium impuberem cum erit annorum quatuordecim, heredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi heres non erit, alium substituat.* Quod tabulas istas Africanus *pupillares* appellat, ex eo ne colligas matri permittere Africanum filio facere testamentum. Vetat id ipse Africanus, qui filio substitutum ponit ea formula, *si sibi heres non erit*: quae formula est substitutionis vulgaris. Ecur autem tabulas matris vulgari modo substituentis vocat is *pupillares*? Num quia filium impuberem mater scripserat heredem? Ita me bene multos sequutum scripsisse memini in *Tit. Inst. de pupill. substitut.* Sed mirum quam insolens ea loquutio est, & mirum quam ridiculus videtur Africanus, qui solitus subtilia juris tractare, proposita eo loco substitutione vulgari a matre facta, *valet*, inquit, *substitutio*: quasi fuerit qui dubitaret, num posset mater eum filio dare substitutum, quem omnes omnibus poterant. Faciunt duo haec, quae nunc mihi veniunt in mentem, ut facile probem quod scribit Duarenus in *Tit. cap.* 14. ab Africano proponi genus quoddam extraordinarium substitutionis partim vulgaris, partim pupillaris. Certe in proposita specie mater tantum sibi, non filio testamentum facit, quod proprium est substitutionis vulgaris: sed confert tamen ea institutionem filii in tempus pubertatis, quod, utpote incertum, facit conditionem; ac proinde quem filio substituit, eum videtur heredem instituere in casum, si filius impubes decesserit, quae institutio effectum habet similem quodammodo substitutioni pupillari.

Quidam putant sufficere, eum, cui substituitur, in potestate testatoris esse tempore mortis. Fraudi eis fuit Ulpiani locus in *L. moribus* 2. *pr. h. t.*, *Si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel adrogaverit, filio praecedente* h. e. tanquam ex filio natum. Locum hunc illi perperam accipiunt, quasi Tò *adoptaverit, vel adrogaverit* tempus spectet, quod substitutionem jam factam sequitur: quum tamen sit omnino referendum ad tempus, quod praeit. Et ita postulat manifesta ratio juris. In toto jure civili qualitas juncta verbo (veteri nostrorum effato utar) verbi tempus complectitur, h. e. qualitas ad actum, qui geritur, necessaria, debet, quo tempore geritur, inesse, *arg. L. si alienum §. in extraneis de her. inst.* Sed rem satis luculenter definit Papinianus in *L. coheredi* 41. §. *quum filiae* 2. *h. t.*, *Quum filiae, vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum caepit tenere, parens substituit: si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia*, sub-

M

substitutio pupillaris sit irrita. Τὸ *quoque* apertissimo est argumento, esse & aliud tempus, quo si filia, vel nepos non est in familia, h. e. in potestate, irrita sit substitutio pupillaris: id autem tempus esse aliud a tempore testamenti non potest.

Sed redeo ad Ulpianum. In specie, quam is tractat, adoptio, vel adrogatio testamentum praeit filii, non patris. Posse patrem suo testamento perfecto alia hora, aliisque tabulis filio facere testamentum exploratissimi juris est, *L. si quis eum* 16. §. 1. *h. t.* Ergo fingit Ulpianus, primum a testatore scriptum heredem extraneum: tum hunc adoptatum, adrogatum: demum factam substitutionem pupillarem. Ita quum dicitur, eum, cui substituitur pupillariter, in potestate testatoris esse oportere tempore testamenti, id de eo testamento intelligendum est, in quo illi pupillariter substituitur. Uno casu recte substituitur ei, qui in potestate non est. Postumis posse parentes pupillariter substituere, nulla dubitatio est, *cit. L.* 2. *pr.*, & negat tamen Paulus in *L. ult. de collat. bon.*, eos, qui nondum nati sunt, in potestate parentis esse. Verum quoniam sola pupilli utilitas pupillarem substitutionem induxit, & qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, habetur pro nato, *L. qui in utero* 7. *D. de statu hom.*, placuit postumis perinde substitui, quasi jam natis.

Quod porro dictum est, oportere eos, quibus substituitur, primum in familia gradum habere, eam ipsam caussam habet, quae fuit caussa substitutionis pupillaris. Hanc permiserunt mores, quia pupillis testari per aetatem non licebat. Solus igitur supplendus erat defectus aetatis. At qui non primum in familia gradum obtinet, post mortem testatoris recasurus est in patris potestatem: quo casu testari prohibetur non quia impubes, nam, si pubes sit, etiam prohibetur; sed quia non est sui juris, *L. qui in potestate* 6. *D. de testam.*: unde Ulpianus in *cit. L.* 2. *pr.*, *Nepotibus etiam facere testamentum possumus, & deinceps, si qui non recasuri sunt in patris potestate*. Ita scriptum est in libro Florentino. In aliis legitur *in potestatem*. Posteriorem hanc lectionem si velis praeferre, non abnuo, dum tamen in priore illa nihil esse vitii credas. Sextum casum a Latinis non raro positum pro quarto, multis collatis exemplis demonstrarunt Ausonius Popma, Dukerus, aliique. Idem dicendum est de nepote adoptivo: quo vulgo referunt superius adscripta Ulpiani verba, *sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel adrogaverit filio praecedente*. Sunt qui legunt, *filio praedecedente*; ita enim nepos adoptivus non est in potestatem filii recasurus: sed omnino legendum est, ut in vulgaribus libris, & vero etiam Florentino legitur, *praecedente*, quam lectionem duo sunt, quae meo judicio confirmant, alterum quod apud eundem Ulp. praeit, *si eos patres praecedant*: alterum, quod verbi *praedecedere*, quamvis a latini sermonis ingenio abhorrere non videatur, nullum, quod sciam, exemplum est apud bonos latinitatis auctores. Praemori, aut alias desinere esse in familia filium, est opus, ut nepos locum ejus subeat, primumque obtineat in familia gradum; sed hoc in adscriptis verbis non exprimit Ulpianus: id expressisse contentus in iis, quae praeeunt, *si qui non recasuri sunt in patris potestate*. Alio spectant Ulpiani verba, *Sed si extraneum*, & quae sequuntur usque ad τὸ *filio prae-*

praecedente; adnectenda sunt autem, quo recte intelligantur, verbis praecedentibus, *Nepotibus etiam possumus: sed si eos patres praecedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati, ita enim post Legem Vellejam succedendo non rumpunt testamentum, nam si principale ruptum sit testamentum, & pupillare evanuit*. Continuo sequuntur, *sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit*. *&c*. Propositum Ulpiano fuit tradere, quid commune sit substitutioni nepoti naturali factae, ac substitutioni factae nepoti adoptivo. Utrique id commune est, ut nepos, quem pater praecedit, institui debeat, vel exheredari, alioqui *succedendo*, ut Ulp. loquitur in *cit.* §. 1., subaudi, in locum filii, qui vivo testatore desiit suus heres esse, rumperet tanquam praeteritus testamentum avi, quo rupto pupillaris substitutio evanescit. Institui autem debet ex formula Legis Juniae Vellejae, de qua vide a nobis scripta *Inst. rep. praelect.* Secundo ejus Legis capite, quod enarrat Scaevola in *L. Gallus* 29. §. 13. *de lib. & post.*, nepotem istum institui permissum est hac formula, *Filius meus heres esto: si filius me vivo suus heres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, heres esto*. Nepote in hunc modum instituto periculum non erat, ne successione ejus in locum filii rumperetur testamentum avi, sicque & pupillare testamentum evanesceret. Jam quod de nepote adoptivo dictum est, tum demum est verum, quum tempore testamenti avi jam erat adoptivus; nam si eo tempore nondum erat adoptatus, adrogatusve (hunc Ulp. in *cit.* §... *extraneum* appellat) vulgari quidem modo scribi heres potest, ex formula Legis Vellejae non potest: sed si tum avi testamentum sequatur adoptio, institutio illa licet vulgari modo facta sufficiet, ne, ejus successione in locum filii, testamentum quasi praeteritus rumpat: quod Goveanus in *cit. L.* 2. *pr. n.* 25. recte colligit ex Papiniani loco in *L. filio* 23. §. 1. *de lib. & post.* Si Titius non dum adoptatus instituatur heres, tum loco nepotis quasi ex filio adoptetur, & postea filius vivo testatore decedat, nepotis istius successione in locum filii testamentum non rumpi ait Papinianus, ea ratione, quia heres invenitur, quamvis vulgari modo, & non ex formula Legis Vellejae scriptus, quod sufficit, ne tanquam praeteritus rumpat testamentum. Nec praetereundum, quod idem Goveanus monet *num.* 26. & 27., interesse, num quis simpliciter, an quasi ex filio in locum nepotis adoptetur, aut adrogetur, nam quasi ex filio adoptatus, adrogatusve scribi heres post adoptionem non alias potest, quam ex formula Legis Vellejae, quippe qui in potestatem filii est recasurus: quo fit, ut in hujusmodi adoptionem consentire filius debeat, ne ei invito heres detur, *L. quum nepos de adopt.*: contra simpliciter adoptatus adrogatusve, quoniam recasurus non est in filii potestatem, scribi heres vulgari modo post adoptionem potest; quin huic posse superstite adhuc filio pupillariter substitui ex eo patet, quod non alia est ratio, cur nepoti substitui filio superstite non possit, quam quae ab Ulpiano traditur in *cit. L.* 2. *pr.*, quia is est in potestatem filii recasurus. Ergo quandoque pupillariter substitui non suo potest: nunquam ei, qui non est in potestate.

Redeo nunc ad illud Ulpiani in *cit. L.* 2. *pr. Nam si principale ruptum sit testamentum, & pupillare evanuit*. Rupti tantum testamenti meminit

nit Ulpianus, quia ita res ferebat, quam agebat eo loco. Caeterum idem ipse Ulpianus §. 5., ait eo etiam casu pupillare testamentum evanescere, quum *non est adita hereditas patris*, subaudi ab herede extraneo; namque extranei proprium est adire: suus heres imminiscere se dicitur hereditati. Quid si suus beneficio Praetoris abstineat? Num pupillares tabulas sustinet nudum sui heredis nomen, quod abstentione non tolli compertissimum est? Negant Viglius in §. 1. *Inst. h. t.*, Alciatus in *L. si filius* 12., Goveanus in *L. moribus* 2 §. 5. *num.* 28. *h. t.*, aliique. Multo plures post Bartolum ajunt, & nominatim Donellus *lib. 6. comm. cap.* 25., Hotomanus *lib.* 9. *obs. cap.* 10., & Cujacius in *L.* 1. §. 3.; in *L. sed si plures* 10. §. 4. & *in L. si filius* 12. *ex lib.* 3. *quaest. Papiniani h. t.* Sibi non constat Faber. Priorem *Lib.* 2. *conject. cap.* 2., posteriorem sententiam doctior factus tuetur *De err. Pragm. dec.* 32. *err.* 1. Ego posteriorem tuebor: qua in re plus, quam aliis, debere me profiteor Cl. Aulisio nostro, qui in posteriore hac sententia tuenda, quod is facit *Comm. in h. t. quaest.* 14., aliorum omnium sive diligentiam, sive intelligentiam vicit. Et rectissime quidem is monet, frustra in eam sententiam produci *cit. L. si filius* 12., ubi, si filius, qui patri, & postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debere ait Papinianus; nam quod recusante paternam hereditatem filio secundae tabulae sustinentur, id non eo fit, quod sui heredis nomen filius retinet, sed eo, quod filio, qui paternam hereditatem recusavit, datus erat coheres frater, qui jure adcrescendi heres extitit ex asse; continuo enim subjicit Papinianus, *Justius Praetorem facturum existimo, si fratri* (qui recusavit) *separationem bonorum patris concesserit*, h. e. eorum bonorum patris, in quae frater successerat, cui is est substitutus. Quo autem disputationi, in qua versamur, fieri locus possit, omnino ponendum est, nullum heredem ex testamento patris extitisse. Jam multi sunt juris loci, quibus posterior sententia luculentissime probatur. Primus est Ulpiani in *L. quum quasi* 30. §. 10. *de fideicom. libert.*, *Non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se*. Praetor enim, qui suo heredi jus indulget abstinendi, heredem exheredemque facere non potest: qua de re vide scripta in *Nostr. Inst. repet. praelect. tom.* 2. Secundus est Juliani in *L. filius* 41. *de adq. her.*, *Filius, qui se paterna hereditate abstinuit* (ecce tibi suum heredem, qui proprie dicitur abstinere), *si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, & pro herede gesserit* (ecce tibi filios duos, alterum exheredatum, alterum ex asse heredem scriptum), *poterit ex substitutione* (subaudi pupillari) *hereditatem* (fratris obtinere). Tertius est Ulpiani in *L.* 42. *eod.*, ubi primum a Juliano traditum scribit, *Si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substiutus ei fuit*: tum sententiam Juliani, qui substitutum subjicit oneribus paternae hereditatis, qua se abstinuerat pupillus, a Marcello recte notatam ait, *impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit*. Quartus est Javoleni in *L. paterfam.* 12. *de privileg. cred.*, al. 28. *de reb. auct. jud. possid.*, ubi speciem hanc proponit, *Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset*,

fisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuerit, ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit: tum quaero, ait, *quum Praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret: in substitutum creditoribus patris danda sit actio*. Ecce abstinet se filius hereditate paterna, & fit tamen locus substituto pupillari. Apponunt contrariae sententiae assertores illud Ulpiani in *cit. L.* 10. §. 4. *h. t.*, *Nec enim valet filii testamentum, nisi patris adita fuerit hereditas: nec sufficit ad secundarum tabularum vim sic factum esse testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit*. Sed hoc leve est, quum *aditae* hereditatis mentio, quae suo heredi instituto non convenit, tum quae proximae praeeunt Ulpiani verba commonstrant agi eo loco de extraneo herede scripto ex asse, qui tum fuit filio exheredato pupillariter substitutus: praeeunt autem haec, *Si ex asse heres institutus filio exheredato substitutus repudiavit patris hereditatem, quum non haberet substitutum, non poterit filii hereditatem adire*. In eundem modum accipiendus est locus ille Ulpiani in *L.* 2. §. 1. *eod.*, *Nisi adita patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescit*. Duo sunt quae graviter obstant: alterum, quod suus heres, qui paterna hereditate abstinet juri adcrescendi, ac substituto vulgari locum facit, quem non faceret, si adhuc esset heres: alterum, quod *Si duo fuerint a patre instituti cum filio ejus impubere* (verba sunt Ulpiani in *L. apud Julianum* 11. §. 1. *ad Trebel.*), *& iidem substituti filio, sufficit ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem; hoc enim facto, confirmatisque patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, & restituere hereditatem*; unde sequitur, aditione, non modo sui heredis nomine secundas tabulas confirmari. Verum duabus hisce difficultatibus feliciter se expedit Aulisius: & quod pertinet ad priorem, ait suisse jus abstinendi propter utilitatem sui heredis introductum, nec aliam ab caussam, quam ut pupillo prospiceretur, introductam itidem substitutionem pupillarem: quod autem non debent, quae alicujus gratia sunt introducta, in ejus odium retorqueri *L. Carbonianum* 3. §. *duae* 5. *de carbon. edict.*, ex eo fieri, ut qui, quum ejus utilitas agitur, non habetur pro herede, is idem, si ejus utilitas aliud postulaverit, pro herede habeatur. Utile pupillo est non haberi pro herede, quum, suspecta est hereditas patris: proinde eo abstinente locus fit substituto vulgari, aut juri adcrescendi. Utile est itidem pupillo tabulas pupillares servari, quo testatus decedat: proinde quamvis abstineat se paterna hereditate non definit heres esse; ac proinde eo intra pubertatem mortuo locus fit substituto pupillari. Quod vero pertinet ad posteriorem, posthabitis aliorum sive emendationibus, sive interpretationibus, ait in specie, quam tractat Ulpianus, ideo cogi filium immiscere se hereditati paternae, quia de fideicommisso restituendo agitur: hoc autem restitui Praetor cogit, is idem Praetor, qui suum heredem, nisi se immiscuerit hereditati, non habet pro herede, *L.* 1. §. 7. *D. si quis omis. caus. test.* Legata, & substitutiones pupillares, quia juris civilis sunt, nudum sui heredis nomen, quod est itidem ex jure civili, satis confirmat: non fideicommissa, quae Praetor tuetur. Sed magni refert, locum hunc juris de herede cogendo adire, quo fideicommissum convalescat, enucleatius

tius explicari. De hac re ita Ulpianus in *cit. L.* 2. §. 2. *h. t.*, *Interdum etiam pupillaris testamenti caussa compellendum heredem institutum adire hereditatem ut secundis tabulis fideicommissum convalescat: utputa si jam pupillus decessit. Caeterum si adhuc vivat, improbum esse Julianus existimat eum, qui solicitus sit de vivi hereditate.* De fideicommisso hereditatis pupilli loquitur Ulpianus; & tamen omnino ponendum est, extraneum heredem scriptum, filium vero exheredatum: loquitur enim Ulpianus de herede compellendo *adire*: quod verbum extraneo convenit. Sed vix est ut juris ratio possit pati, ut exheredato filio valeat fideicommissum secundis tabulis a patre relictum. Potest quidem pater filio exheredato in secundis tabulis heredem dare, namque hoc vulgaris beneficii loco erat apud Romanos: nam *si pater filium exheredavit, & ei nihil reliquerit, nullum esse fideicommissum* propriarum facultatum filii scribit Papinianus in *L. coheredi* 41. §. *quod si* 3. *h. t.* Sed accipiendus est Papinianus de filio exheredato, cui non sit substitutus heres, quem sibi pater scripsit: contra Ulpianus de herede instituto, qui exheredato filio substitutus est. Eam ipsam speciem proponit Ulpianus, quam distinte proposuerat Julianus in *L. ita tamen* 27. §. *a patre* 4. *ad Trebell.* his verbis, *A patre heres scriptus, & exheredato filio substitutus, si rogatus fuerit hereditatem, quae ad eum ex substitutione pervenerit, Titio restituere, cogendus non est, vivo pupillo patris hereditatem adire: primum, quia sub conditione fideicommissum datum est: deinde, quia non probe de hereditate viventis pueri aget; mortuo autem pupillo, compelli debet hereditatem patris adire.* Jam locis istis collatis patet, partes suas Praetorem interponere, si sit fideicommissum universitatis: quod idem Ulpianus expresse docet in *L. cogi* 16. §. 2. *eod.*: in singulis rebus per fideicommissum relictis cessant partes Praetoris, *L. si quis omissa* 17. *D. si quis omiss. caus. test.* Quod autem iniquum est, heredem suo periculo, atque alieni compendii caussa suspectam patris hereditatem adire cogi, omnino dicendum est, Praetorem actiones in eum denegare. *V. scripta a Goveano in cit. L.* 41. §. 3. *num.* 8. Idem jus est, si suus heres sit institutus, & abstineat. Eum compelli a Praetore *miscere se hereditati, & sic deinde restituere* ait Ulpianus in *L. recusare* 6. §. 2. *eod.*: quo etiam fit, ut secundae etiam tabulae resuscitentur, *L. qui plures* 38. §. 3. *de vulg.*: nec interest, num in primis, an in secundis tabulis relictum sit fideicommissum, *L. apud Julianum* 11. §. *idem* 1. *D. ad Trebell.*, cui non obstat *L. ita tamen* 27. §. *si pater* 3. *eod.*, ubi *posse* Julianus ait *hereditatem restitui, & si filius non immiscuerit se hereditati*; namque is idem Praetor, qui tuetur fideicommissa, fideicommissorum restitutiones a filio se abstinente etiam sponte factas tuetur. *Vide Aulisium nostrum quaest.* 15. *sub finem*. Quod dictum est de rupto, desertove testamento, idem generaliter scriptum est apud Tribonianum §. 5. *Inst. de pupil. subst.*, *si patris testamentum non valeat*, ea ratione, quia *pupillare testamentum pars est & sequela testamenti paterni*. Sed scite monet Cujacius in *L.* 1. §. 3., *& in L. is qui* 22. *h. t.* interesse, num testamentum patris omnino tollatur, an sola institutio vitietur, *L. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. Si testamentum patris omnium tollitur, manere pupillaris substitutio non potest: si sola institutio vitiatur, manet. Ita omissa caussa testamenti vitiatur sola institutio, nam legata & caetera eo testamen-

stamento scripta debentur, *Tit. D. si quis omiss. caus. test.*, proinde *si omissa caussa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas*, ait Ulp. *in cit.* §. 1., *& pupillo substitutum servandum*: qui locus intelligendus est de filio impubere herede instituto. Huic filio testamenti caussam omittenti, hereditatemque possidenti ab intestato substitutus servatur, subaudi a Praetore, cujus proprium est justam ob caussam servare, quod alias ipso jure non valeret, *L. servus. de bon. auct. jud. poss.* De filio *testamenti* caussam omittente loquitur Ulpianus, non de filio omittente hereditatem. Hac prorsus omissa pupillaris substitutio nec jure civili potest valere, nec servari a Praetore. Ita quum post *Novell.* 115. querela inofficiosi solam rescindat institutionem, hac rescissa pupillarem substitutionem manere non dubitatur. De judicio defuncti per bonorum possessionem contra tabulas a liberis praeteritis emancipatis impugnato videntur contraria scripsisse Gajus in *cit. L. is qui* 22., & Africanus in *L. ex duobus* 54. §. *ult. h. t.* Ait Gajus, *Is qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione*. Contra ait Africanus *Si contra tabulas patris bonorum possessio petita sit, substitutionem pupillarem valere*. Sed Cujacius in *cit. L.* 22. Iurisconsultos in speciem dissidentes componit hoc discrimine. Si qui bonorum contra tabulas possessionem petit, is est, qui impuberi est substitutus, evanescit substitutio: si alius a substituto, manet. Nec obscura discriminis ratio est. Pupillaris substitutio beneficium est a testatore datum substituto: indignus est autem eo beneficio qui defuncti judicium impugnat. Rem ita se habere, uti Cujacio visum, luculentissime probant formulae ipsae, quas adhibent Gajus, atque Africanus. Hic petitam ponit bonorum contra tabulas possessionem: eum vero, a quo petita sit, non demonstrat. Ille petitam ponit ab eo ipso, qui fratri impuberi est substitutus: & porro hunc ait *repelli a substitutione* quasi indignum beneficio defuncti. Et vero si adierit ex substitutione fratris hereditatem, hanc illi tanquam indigno aufert fiscus, *L.* 2. *de his, quib. ut indign.* Ergo per bonorum contra tabulas possessionem regulariter non rescinditur testamentum pupillare. Et quamvis hoc casu non sola institutio vitietur, non enim debentur legata ab instituto relicta; verum est tamen, non omnino tolli testamentum paternum, nam si qua legata ab instituto relicta sunt liberis, aut parentibus, itemque uxori, nurui, aut pronurui dotis caussa, ea certe debentur, *Tit. D. de legat. praest.* Accedit, quod per bonorum contra tabulas possessionem non rescinditur ipso jure testamentum, uti rectissime Goveanus in *cit. L.* 34. §. *ult.*, non enim potest Praetor facere, ut non valeat, quod jure civili valet.

Ex eo, quod dictum est, pupillare testamentum partem & sequelam esse testamenti paterni, videtur consequi, quod habet Ulpianus in *cit. L.* 2. §. 4. *h. t.*, *debere patrem* sibi primum scribere heredem, tum filio, ac si converso scripturae ordine ante filio, quam sibi testamentum faciat, non valere. Sed videtur sibi parum constare Ulpianus §. 5., ubi, *Si quis*, inquit, *ita fuerit testatus, si filius meus intra XIV. annum decesserit, Sejus heres esto, deinde, filius heres esto, valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fecerit*. Mitto, ne longum faciam, quae de hac re in mentem venerunt Goveano *Var. l.* 8., & Charondae *Verisim. II.*, 13., sicque statuo

cum

cum plerisque, posse testamentum filii praeire, si unus sit paternarum pupillariumque tabularum contextus; tum enim nihil prius, nihil posterius, sed omnia simul acta censentur, nec scripturae, sed successionis ordo spectatur, *cit. L.* 2. § 6.: atque in hanc sententiam accipi oportere locum Ulpiani in *cit.* §. 5., formula ipsa ab eo proposita nos monet: quod si vero alio tempore paternae, alio pupillares tabulae confectae sint, has sequi, tanquam accessionem, est opus: sicque explicandus est Ulpianus in *cit.* §. 4. *Vid. Robert. Recept. Lect. I*, 34. Nec quod pupillare testamentum paterni pars dicitur, id facit, ut fieri debeat eodem contextu. *Si suo testamento perfecto*, inquit Pomponius in *L. si quis eum* 16. §. 1. *h. t.*, *alia rursus hora pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valebit. Et tamen patris testamentum ratum manebit*: quo etiam pertinet illud Ulpiani in *L. patris* 20. §. 1. *eod.*, *Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra fecerit testamentum, valere*. Τὸ *hora* apud Pomponium non est adeo stricte accipiendum, ut non longius temporis spatium comprehendat. Satis est, patrem suo sibi testamento heredem scripsisse, ut testamentum filii postea, quum patri placuerit, factum valeat. Idem est, filii testamentum partem esse ac sequelam testamenti paterni, atque a paterno testamento pendere: sive autem post horas, sive post dies sit factum, non pendet a testamento paterno: quo fit, ut testamento filii post horas, diesve facto non rumpatur testamentum patris; nam prius testamentum posteriore non alio rumpitur, quam si posterius tale sit, ut non pendeat a priore. *Govean. in cit. L.* 16. §. 1. Huc facit quod sequitur apud Pomponium, *Nam & si sibi & filio testamentum pater fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumperetur*.

Nunc ad alia transeamus. Liberum patri est si plures filios impuberes habeat, vel singulis substituere, si neminem velit decedere intestatum: vel ei, qui eorum novissimus morietur impubes, si malit jus legitimarum hereditatum integrum custodiri inter eos, *L. vel singulis* 37. *h. t.*: Idem est autem singulis substituere, ac filios omnes substituere invicem, & ei, qui novissime decesserit, aliquem alium, *L. si pater* 25. *h. t.*: idemque itidem est novissimo impuberum substituere, ac duobus impuberibus institutis adjicere, *si uterque impubes decesserit, ille heres esto*: quae fuit opinio Sabini sic facientis conjecturam, cogitasse patrem, *primo decedente, fratrem suum in ejus portionem succedere*. Putabant quidem alii (fortasse Proculiani) alterutro decedente substitutum illico admitti in partem; sed vicit tandem sub Justiniano sententia Sabini, *L. quum quidam* 10. *C. de imp. & al. subst.* Senserat jampridem cum Sabino Papinianus in *L. qui duos* 42. *h. t.*, nec, si Merillium audias, variavit in *L. heredes* 57. §. 1. *ad Trebel. Vide a Merillio scripta in cit. L.* 10., quae una est ex decisionibus Justiniani. Post *Nov.* 118. *c.* 2. quoniam mater concurrit cum fratribus, si pater jus legitimarum hereditatum inter fratres integrum servat, etiam matri salvum id esse debet: proinde ad eum, qui novissimo est substitutus eae tantum partes jure pertingunt, quae in hereditate sunt novissime defuncti.

Porro potest pater aut certum hominem filio impuberi substituere, aut generaliter in hunc modum, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impu-*

impuberi heres esto: quibus verbis vocari ex substitutione inquit Trib. §. 7. *de subst. pupil.*, eos *qui & scripti sunt heredes & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt*. Ait, *qui scripti sunt*, h. e. non quisquis patri heres extiterit, sed qui extiterit *ex testamento*, uti loquitur Ulp. in *L.* 8. §. 1. *de vulg.*, i. e. ex certo judicio testatoris: & ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres, *quia non ex judicio venit*, *cit.* §. 1., h. e. non ex judicio certo: unde Paulus in *L. sciendum* 70. *de V. S.*, ideo heredem heredis ad substitutionem impuberis admitti negat, *quia incertus est*: ab herede autem incerto est cur sibi metuat pupillus. Haec una est ex paucis speciebus, quibus heredis appellatio proximum continet. Contrariam regulam habes in *L. heredis* 65. *eod.* ubi Ulpianus, *Heredis*, inquit, *appellatio non solum ad proximum heredem, sed & ad ulteriores refertur, nam & heredis heres, & deinceps heredis appellatione continetur*: Cujus regulae exempla sunt in herede heredis, si accedit possessio defuncti ad complendam usucapionem necessaria *L.* 2. §. *etiam* 18. *D. pro emt.*: item in herede heredis, cui debetur legatum fideicommissumve certo homini, hujusque heredibus relictum in annos singulos, *L.* 22. *C. de legat.*: demum, uti aliis exemplis abstineam, in herede heredis, in quo conditio, *si heredi dederit*, recte impletur, *L. quum ita* 54. §. 1. *de cond. & dem.* Quod de patre, ac domino dictum est, eos per filium & servum non admitti ad substitutionem, id ita est ab Accursio acceptum, si hereditatem impuberis eo nomine ad se pertinere arbitrentur, quod hereditas patris apud eos sit, sine ullo novo filii, servive facto. Non penes quem ea hereditas sit, sed quis sit scriptus heres, inspiciendum. Ergo si filius, servusve de potestate exiit, sibi, eive, cujus juri subesse caeperit, adquiret: si in eadem caussa permanserit, adquiret quidem patri, aut domino, sed novo facto, *L. quum filio* 3. *de vulg.* Et quanquam filii servive facto videatur pupilli hereditas novo parenti, aut domino non ex sententia testatoris adquiri, ita tamen postulat necessitas juris, quam remittere testator non poterat, cuique voluisse se subicere intelligitur. Ait porro, *& extiterunt*, subaudi *ex institutione*, uti Ulpianus inquit *cit. L.* 8. *pr.*, nam non alias existere heres dicitur, quam si adierit hereditatem: quo fit, ut patri heres scriptus, ac filio impuberi substitutus repudiata patris hereditate frustra contendat ad hereditatem pupilli, quasi defectus conditione, *cit. L.* 8. *pr.* Hoc autem ita est accipiendum, si filio impuberi ex generali illa formula substitutus patri sit scriptus heres ex parte, & repudiet hereditatem; hoc enim casu coheres facit, ut patris testamentum consistat. Caeterum si testamentum patris omnino destituatur, pupillarem substitutionem evanescere non dubitatur. Quod si patri ex parte scriptus heres, & non ea formula *Quisquis mihi heres erit* impuberi substitutus, hereditatem patris repudiaverit, nihil est, cur ad substitutionem non admittatur. Huc facit locus Africani in *L. ex duobus* 34. §. 1. *h. t.*, *Filium impuberem, & Titium heredes instituit: Titio Maevium substituit: filio, quisquis sibi heres esset ex suprascriptis, substituit. Titius omisit hereditatem. Maevius adiit, mortuo deinde filio, putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit*: ex quo etiam loco intelligis, nihil interesse, num heres scriptus testatori he-

N res

res exiſtat ex inſtitutione, an ex ſubſtitutione; namque is etiam, qui ex ſubſtitutione ſuccedit, heres eſt non heredis, ſed ipſius teſtatoris, & ex certo ejus judicio venit. Demum ait, *& pro qua parte heredes facti ſunt*: quod idem tradit Ulpianus *cit. L.* 8. §. 1.: atque huc pertinet regula illa juris videri teſtatorem, quas partes in inſtitutione expreſſit, eas dediſſe in ſubſtitutione. De ſubſtitutione nominatim facta aliud jus eſt; nam poſſunt patri non ſcripti heredes impuberi nominatim ſubſtitui: ſcripti autem licet paternam hereditatem repudient, recte admittuntur ad pupillarem, niſi ſi quis ſub conditione, *ſi heres erit*, ſcribatur, *cit. L.* 8. *pr.*, *& L.* 10. §. 3. *eod.* Dictis adde quae ſcripta ſunt apud Julianum in *L. in ſubſtitutione* 31. *h. t.*, *In ſubſtitutione filii ita facta, quiſquis mihi ex ſupraſcriptis heres erit, idem filio meo heres eſto, quaeritur quiſquis heres quandoque fuerit e intelligatur, an quiſquis tunc heres erit, quum filius morietur. Placuit Prudentibus, ſi quandoque heres fuiſſet; quamvis enim vivo pupillo heres eſſe deſiiſſet (forte ex cauſa de inofficioſo, quae pro parte mota eſt), futurum tamen eum heredem ex ſubſtitutione, creditum eſt.* Tò *placuit Prudentibus* certo indicio eſt, fuiſſe de hac re diſputatum in ſcholis Juriſconſultorum. Et certe non deerant, qui putabant neceſſarium omnino eſſe, ſubſtitutum impuberi datum cedente die hereditatis pupillaris heredem patris reperiri. Sed contrarium pleriſque viſum, quum quia ita poſtulare favor pupilli videbatur, tum quoniam verba *quiſquis mihi eres herit*, conditionem continent, quam fuiſſe ſemel impletam eſt ſatis. Hinc conſice, eum, qui ſemel heres fuit, deſinere aliquando eſſe heredem. Neque obſtat illud Ulpiani in *L. ait Praetor* 10. *de minorib.*, *ſine dubio heredem manere, qui ſemel extitit*; namque id eo pertinet, ne Praetor, de cujus juriſdictione ibi agit Ulpianus, efficere poſſit, quin heres maneat: caeterum civile jus recte poteſt efficere, ut qui ſemel heres fuit, deſinat eſſe heres. Et vero loquitur Julianus de herede, qui deſiit heres eſſe ex cauſa de inofficioſo, hoc eſt, quia mota in eum inofficioſi querela fuit judicio victus: exploratum eſt autem, inofficioſi querelam juris civilis eſſe. Noviſſime adnotandum eſt, non abundare apud Julianum *Tò pro parte*, nam reſciſſo in totum teſtamento paterno pupillaris ſubſtitutio evanuiſſet.

Poſſe teſtatorem liberis impuberibus ſubſtituere non ſolum eos, quos ſibi ſcripſit heredes, ſed & alios, modo dictum eſt. Magni tamen refert, num alius ab herede teſtatoris, an ipſe teſtatoris heres impuberi ſit ſubſtitutus docet Papinianus in *L. coheredi* 41. §. *coheres* 6. *h. t.*, quae eſt ex reſponſorum libro VI. *Coheres*, ait is; *impuberi filio datus, eidemque ſubſtitutus, legata a ſecundis tabulis relicta perinde praeſtabit, ac ſi pure partem, & ſub conditione partem alteram accepiſſet. Non idem ſervabitur alio ſubſtituto; nam ille falcidiae rationem induceret, quaſi plane ſub conditione primis tabulis heres inſtitutus: tametſi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret. Nam & quum legatum primis tabulis Titio datur, ſecundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit.* Loquitur Papinianus de contributione hereditatis paternae cum pupillari: Materia contributionis nullam eſſe in jure difficiliorem ſcribit Cujacius *in cit. L.* 41. Et adſcriptus quidem Papiniani locus diligentem interpretem deſiderat. Sunt autem duae ejus partes. In priore duos a patreſam. ſcriptos ſibi heredes ponit Ju-

Jurisconsultus, filium impuberem, & Gajum Sejum, tum hunc filio impuberi substitutum, & legata a secundis tabulis relicta. In ratione Legis Falcidiae ineunda substitutum legata perinde praestare ait, ac si pure partem, & sub conditione partem alteram accepisset. Hoc quid sit, paucis explicabo. Finge scriptum heredem Titium in hunc modum, Titius heres mihi esto ex semisse: idem si navis ex Asia venerit ex altero etiam semisse heres esto. Finge etiam eum dare jussum legata ab utroque semisse, alterum autem exhaustum legatis. Num potest Titius pro semisse legatis exhausto quartam detrahere ex Lege Falcidia? Legatorum ab uno, & legatorum ab altero semisse relictorum nullam fieri posse separationem, docet nos idem Papinianus in *L. in ratione* 11. §. *quaesitum* 7. *Falc.* Ergo confusis, quum conditio extiterit, portionibus, legatisque ab utroque semisse relictis ineunda est ratio Legis Falcidiae. Ab herede ex altero semisse scripto sub conditione proxime abest coheres impuberi coheredi pupillariter substitutus, quemadmodum ad substitutionem pupillarem proxime accedit institutio sub conditione. Ergo confusis itidem hereditatibus patris & filii legata omnia communi calculo subjicientur, & invicem inducent contributionem, uti eleganter Papinianus in *cit. L.* 11. §. 7., cujus rei ratio ea est, quia testamentum patris, & filii unum testamentum est duarum hereditatum: In proposita autem specie non est distinguendum, num filius patri heres extiterit, an abstinuerit hereditate. Aliud jus est, si a filio in primis tabulis data legata ponas, eumque non praestitis legatis impuberem decessisse. Rem totam habes apud Julianum in *L. qui fundum* 87. §. *qui filium* 4. *ad L. Falcid.*, *Qui filium suum impuberem, & Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil, & Titium filio substituat: quaesitum est, quum Titius ex institutione adisset, & impubere filio mortuo, ex substitutione heres extitisset: quantum legatorum nomine praestare deberet. Et placuit, solida legata eum praestare debere, nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, & solida legata praestarentur. Sed hoc ita verum, si filius antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit: non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat: quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.* In posteriore ejus loci, quem superius adscripsi, parte, non idem servari ait Papinianus alio substituto, id est, non coherede impuberi substituto, & alio coherede impuberi dato, nam legata a coherede, atque substituto non coherede relicta non confunduntur, sed ille, id est substitutus non coheres pupilli *falcidiae rationem inducit*, h. e. falcidiam detrahit, *quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus*: quorum verborum sententia haec est, substitutum non coheredem pupilli, eumque, qui coheres est pupilli pro coheredibus haberi, & hunc quidem quasi scriptum pure, illum quasi sub conditione scriptum, quamvis non iisdem tabulis scripti sint: quod confirmat Papinianus his verbis, *nam & quum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit*: quasi dicat, quemadmodum collegatarii sunt, ita esse coheredes: in singulis autem heredibus rationem Legis Falcidiae separatim ponendam exploratissimi ju-

ris est, *L. in singulis* 77. *ad L. Falcid.* De ista hereditatum contributione fuse ac subtiliter disputat Valentia in *Tract. De jure adcres cap.* 7.

Proposui jam modos aliquot, quibus pupillaris substitutio evanescit. Est & alius modus, quem libris Institutionum operam dantes a vestris praeceptoribus accepistis. Sed novi aliquid fortasse audietis. Is modus est pubertas. *Masculo*, inquit Tribonianus §. 8. *de pupillar. subst.*, *usque ad quatuordecim annos substitui potest: feminae usque ad duodecim annos: & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit*. Eos, si Tribonianum audias, annum sive decimumquartum, sive duodecimum *excessisse* necesse est. At vero quum eo tempore finiri pupillaris substitutio debeat, quo primum possunt mares, feminaeve sibi scribere testamentum; obstare videtur Tribonianus Ulpiano, qui in *L.* 5. *qui test fac.* de aetate, qua fieri testamentum potest, edisserit in hunc modum, *Utrum excessisse debeat quis XIV. annum, an sufficit complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur annum quartumdecimum*. A Viglio, aliisque de haec re cogitata nihil moror. Tribonianus plus scripsit, minus sensit: neque est aliud *excedere*, quam *compleri*, uti rectissime Bachovius: & porro *complere* explicandum ex sententia juris, quod caepta in favorabili caussa habet pro completis, *L.* 1. *de manumission.* Vide nunc quid mihi venit in mentem. Pupillarem substitutionem fuisse in utilitatem pupilli moribus introductam, non semel est dictum. Praetera quod Ulpianus scribit in *cit. L.* 5. etiamsi impubes pridie Kalendarum fecerit testamentum post sextam horam noctis valere, id certe ipsius pupilli utilitas extorsit. Ergo, quoniam duas istas pupillorum utilitates ita conjungi est aequum, ut altera alteri non officiat, ego sic facio conjecturam, si impubes pridie Kalendarum fecerit testamentum, hoc valere, nulla pupillaris substitutionis ratione habita: si non fecerit, & decesserit antequam postrema ultimi diei particula dilapsa sit, valere substitutionem. Ita recte conveniet inter Ulpianum, ac Tribonianum. Consequitur ex dictis impuberi substitui ultra tempus pubertatis non posse, & licet longius tempus expressum sit, tamen finiri substitutionem pubertate, *L. in pupillari.* 14. *h. t.* Sed non vetatur tamen pater ad certum aliquod tempus intra pubertatem substituere: quo casu decedente filio post illud tempus, substituto non est locus, quamvis ille moriatur impubes, *L. si ita* 21. *h. t.* Quid si ita facta proponatur substitutio, Filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto: si intra quatuordecim, Mevius? Num si filius cito annorum decesserit, Titius solus ex substitutione ei heres erit, an & Maevius, quia certum est, & intra decem, & intra quatuordecim annos filium decessisse? Speciem hanc sane pulchram Paulus tractat in *L. ex facto* 43. §. *item quaero h.t.*, & respondet in haec verba, *Omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio: sed finis hujus pubertas est, magis autem est, in utroque eorum tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur*. Ergo, nisi alias constet de voluntate testatoris, hunc voluisse credendum est suum cuique substituto tempus servari: quo illud facit, quod in multis caussis, & maxime in legatis

gatis jure cautum est, generi per speciem derogari *L. uxorem* 41. §. 3. *D. de leg.* 3.

Ad modos, quibus pupillaris substitutio finitur, omnino pertinet, quod de patris, aut filii, aut utriusque captivitate tractatur apud Julianum in *L. Lex Cornelia* 28., & apud Scaevolam in *L. si pater* 29. *h. t.* Testamentum rite factum captivitate irritum fieri: lege autem Cornelia utilitatis caussa confirmari, vel ipsi Justinianaei sat norunt. Nunc quid Julianus, & Scaevola doceant, videamus. Verba Juliani sunt, *Lex Cornelia, quae testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserant, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt, pertinet: Sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestate non pervenissent. Qua propter quum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in civitate, & is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset. Sed si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode dicitur, hereditatem ejus ex ea lege ad substitutos pertinere. Si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eum, ut is qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde, mortuo in civitate patre, in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege XII. Tabularum, non filii ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet.* Vides loqui Julianum de captivitate aut patris, aut filii. At vero Scaevola de captivitate utriusque haec scribit. *Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, & ibi ambo decedant; quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit; nisi reversus in civitate impubes decedat, quoniam & si ambo in civitate decessissent, veniret substitutus.* Quantum ad locum Juliani videbatur substituto pupillari locus non esse, quum pater in potestatem hostium pervenit, filius autem remansit in civitate; nam captivitate patris liberatur filius potestate, sicque quum desinat vivo patre in familia esse, irrita sit substitutio pupillaris, *L. coheredi* 41. §. 2. *h. t.* Quanti ratio haec fuerit apud veterum nonnullos, docet Papinianus in *L. pater* 10. *de captiv. & postlim. rev.*, *Pater*, inquit, *instituto impuberi filio substituerat, & ab hostibus captus decessit; postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur: neque tabulas secundas in ejus persona locum habere, qui vivo patre sui juris effectus fuisset.* Sed continuo haec subjicit Papinianus; *Verum huic sententiae refragatur juris ratio, quoniam si pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.* Jam quod veterum nonnulli ajebant, locum non habere secundas tabulas in ejus persona, qui vivo patre effectus est sui juris, verum est quidem in eo, qui potestate patris omnino est liberatus, non in eo, quem spes est recasurum in potestatem: qualis est is, cujus pater est apud hostes: unde rectissime Tribonianus in §. *si ab hostibus* 5. *Inst. quib. mod. jus. patr. pot. solv.*, inquit, patre ab hostibus capto *jus liberorum pendere*. In adscriptum Papiniani locum subtiles commentarios scripsere A. Faber *Lib.* 10. *conject. cap.* 4. & 10., ac Valentia *Tract. de fiction. hered. postlim. & Legis Corn. cap.* 9. Porro nec videbatur substituto pupillari locus

cus esse *ex Lege Cornelia*, quum mortuo patre in civitate filius in potestatem hostium pervenit; nam lex Cornelia de testamento loquitur, quod is fecit, quum captivus decessit, *L.* 12. *de testam.*: testamentum autem pater fecit, qui nunquam fuit apud hostes, non filius, qui decessit captivus. Sed argumentum hoc diluit Julianus ea phrasi, *Non incommode dicitur*: qua illud videtur monere, si verba Legis spectemus, eo caso hereditatem filii non pertinere ad substitutos: ex sententia tamen Legis pertinere: quod in caussa est, cur scripserit Papinianus in *cit. L.* 20. §. 1. *utiles actiones in hereditatem substituto dari*. Directae actiones ex verbis Legis, utiles ex sententia descendunt. Quantum ad locum Scaevolae videtur huic obstare Papiniani locus in *L. quod si filius* 11. §. 1. *de capt. & postlim. rev.*, *Sed si ambo apud hostes, & prior pater decedat, sufficiat lex Cornelia substituto; non alias, quam si apud hostes patre defuncto, postea filius in civitate decessisset*. Et Scaevola quidem ait, patre ac filio apud hostes defunctis substitutionem pupillarem non valere. Contra *Legem Corneliam substituto sufficere*, i. e. non deficere, ac proinde substituto prodesse, ait Papinianus. Scaevolae locum in mendo esse putant Faber *Lib.* 18. *Conject. cap.* 7., & Valentia *cit. cap.* 9. *sub. finem*: ac prorsus aliam Scaevolae, ac Papiniano sententiam affingunt. Et certe tamen utriusque sententia haec est, patre ac filio apud hostes defunctis non valere substitutionem pupillarem: cujus sententiae ratio est, quam proponit Julianus in *cit. L.* 28., *quia per Legem Corneliam non efficitur, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat*. Non inficior, quum finxerint Scaevola, & Papinianus utrumque apud hostes decessisse, minus proprie illud apud Scaevolam sequi, *nisi reversus in civitate impubes decedat*: illudque apud Papinianum, *quam si postea filius in civitate decessisset*; verum id tanti non est apud me, ut aliam utriusque sententiam, quod quidam faciunt, affingam. Multa in fragmentis Jurisconsultorum occurrunt minus proprie scripta, de quibus, si eorum mens pateat, non est tantopere laborandum. Rectissime autem Cujacius in *cit. L.* 11., quae est ex Lib. XXIX. quaest. Papiniani, Papinianeum illud, *si ambo apud hostes* ita interpretatur, *si ambo apud hostes sint, si pater & filius capti sint ab hostibus*, subaudit is voculam *fint*, solumque patrem decessisse apud hostes ponit. Fortasse etiam scripserat Papinianus, *Sed si sint ambo apud hostes*: tum duobus postremis ejus voculae elementis vetustate extritis librarius in geminum illud *si* incidens omisit alterum, quasi vitio abundaret. Amplius deliberandum.

His adde, quae Goveanus habet ad *L.* 2. §. 5. *n. t. num.* 37. 38. & 39. Substitutionum aliae nunquam constitisse, aliae irritae fieri, aliae evanescere, aliae finiri dicuntur. Non constant aut ab eo factae, a quo non poterant fieri, aut ei factae, cui non poterant, veluti si mater fecit, aut pater filio emancipato. Irritae fiunt, quae initio recte factae vim suam ex postfacto amittunt salvo testamento, veluti si tempore mortis testatoris, aut pupillus non sit in potestate, aut jam decesserat substitutus: evanescunt sublato testamento, quod initio valebat, velut deportatione testatoris, secundo testamento jure facto, non adita ex testamento hereditate, aut postumi, ejusve, qui postumi loco est, praeteritione. Sed errant hic Bartolus & Goveanus: hic, quod rupto per querelam testamento substitutionem pupilla-

rem

rem evanescere, quum tamen hoc casu, qui jure novissimo non omnino tollitur testamentum, maneat substitutio secundum ea, quae superius sunt dicta: ille, quod putat praeteritione non omnino tolli testamentum post *Auth. ex caussa C. de lib. praet.*, ubi scriptum est, *Ex causa praeteritionis irritum esse testamentum quantum ad institutionem, caetera autem firma permanere*, ac proinde per eam *Auth.* ut legata, ita pupillares substitutiones confirmari, quum tamen apud optimos quosque juris interpretes exploratissimum sit, intelligi *Auth.* illam debere de liberis non a patre praeteritis sed a matre, quae substituere pupillariter non potest.

CAPUT V.

IN L. PRECIBUS 8. C. DE IMPUB. ET ALIIS SUBSTITUTIONIBUS.

COMMENTARIUS.

De tacita substitutione quum vulgari, tum pupillari non pauca dicta sunt suis locis. Ad utrumque autem pertinet Commentarius hic in *L. precibus* 8. *C. de impub. & aliis subst.*, quae est Imperatorum Diocletiani & Maximiani rescriptum ad Patronam. Verba sunt, *Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis: & secundum heredem scripsisse, utrum ne in primum casum, an in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suae aetatis annum, aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti juris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri heres extitit: eo defuncto ad te omnimodo ejus pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendio, non usque ad certam aetatem facta reperiatur: si quidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, & adierint hereditatem. Si vero post pubertatem: tunc ejus te successione obtinente, veluti ex caussa fideicommissi bona, quae eum moreretur, patris ejus fuerint, a te peti possunt.* Non omnia, quae Imperatorum rescripto comprehenduntur, sunt hoc Capite explicanda, sed ea tantum, quae vulgarem pupillaremve tacitam spectant. Ajunt Imperatores, *Si in patris militis positus potestate* (quem certe impuberem ponunt) *primo tantum casu*, qui est casus substitutionis vulgaris, *habuit substitutum, & patri heres extitit*, (sicque vulgaris substitutio expiravit) *eo defuncto* (in aetate pupillari, quod omnino esse subaudiendum rescripti contextus probat), *ad te* (matrem pupilli) *omni modo ejus pertineat successio*. Hoc juris loco tam clare probari ait Corasius in *eit. L.* 8. *num.* 21. communem sententiam, quae fert, tacitam pupillarem vulgari non inesse contra matrem pupilli, ut temerarium sit secus sentire. Porro confirmari eam inquit, nova Justiniani Constitutione in *L. ult. C. de inst. & subst.*, cujus verba sunt, *Quum quidem praegnantem habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, & adjecit, si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse,* postu-

postumus autem natus impubes decesserit : dubitabatur, quid juris sit, tam Ulpiano, quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, quum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse postumo nato & impubere defuncto, matrem magis ad ejus venire successionem, quam substitutum. Si enim suae substantiae partem uxori reliquit: multo magis & luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit. Atque ita vulgo traditum est post Accursium. Quin & illud additur, quemadmodum tacita pupillaris vulgari non inest contra matrem pupilli, ita vulgarem tacitam pupillari non inesse contra matrem patris, si filius impubes, cui fuerat pupillariter substitutum, patri praemoriatur, tum pater superstite matre sua decedat, ut proinde testatoris hereditas matri ejus ab intestato deferatur, non substituto ex ea voluntatis conjectura, quae tacitam vulgarem induxit. Et vero utroque casu idem videtur eadem humanitatis ratio postulare. Humanum est matre luctuosam filii amissi hereditatem solatii loco deferri, ne & filii & pecuniae damnum sentiat, uti sapientissime in simili specie Pomponius in *L. jure 6. pr. D. de jur. dot.*

Sed utroque casu substitutum matri praeferunt e vetustioribus Baldus in *cit. L. precibus*, e recentioribus Connanus *Comm. Lib.* 10. *cap. ult.*, & egregie praeter ceteros Faber *Conject. Lib.* 15. *cap.* 9., *ac de err. Pragm. dec.* 33. *err.* 5.: quae sententia vero propior est. Et sane scribit Modestinus in *L. jam hoc jure* 4. §. 2. *hoc tit.*, *In altera utramque substitutionem intelligi*, h. e. vulgari expressae pupillarem tacitam inesse, *si voluntas parentis non refragetur*. Contrariam esse necesse est voluntatem testatoris ; non videtur autem posse dici voluntatem ejus contrariam esse hoc solo, quod superstes pupillo sit mater, cui facile poterat testator cavere, & non fecit. Videtur quidem mater filio superstes aliquem promereri favorem juris, sed hic tantus esse non debet, ut preavaleat favori ipsius pupilli, cui primum mores, tum Leges pupillari substitutione inducta maxime prospectum voluerunt secundum ea, quae superius non semel sunt dicta. Accedit, quod tacita pupillaris ex Lege est: si autem matre superstite cessaret, illud consequeretur, fuisse eam Legem sub ea conditione perlatam, si matrem praemori contingat : quo nihil absurdius in jure nostro ; nec enim Lex quidquam facit unquam sub conditione, sed vel pure & praecise, vel nullo modo, uti loquitur Faber in *cit. err.* 5. *n.* 8.: quae ratio est ejus, quod a Divo Pio rescriptum refert Ulpianus in *L. de statu* 15. *Qui testam. fac.*, *De statu suo dubitantes testamentum facere non posse* : Non obstat Diocletiani, & Maximiani rescriptum in *cit. L. precibus* 8.; loquuntur enim Imperatores de testamento militis, de quo multa jure singulari sunt cauta, & maxime illud, ut nuda testatoris voluntas spectetur: quod facit ut in ejus testamento non juri accrescendi, non falcidiae, aut iis omnibus sit locus, quae in testamentis paganorum Lege supplentur. Atque huc omnino referendum quod Imperatores scribunt, *non esse incerti juris, si in patris militis positus potestate primo tantum casu habuit substitutum, &*

patri

patri heres extitit, eo defuncto ad matrem pertinere successionem; nam quod *non incerti esse juris* dicitur, eo spectat, ut intelligamus, certi juris esse, in militari testamento nihil suppleri. Et non inepte Diocletiani & Maximiani rescripto adnectitur illud Gordiani in *L.* 8. *C. de testam. milit.*, *Certi juris est, militem ad tempus etiam heredem instituere posse*. Lex, quae heredem a pagano scripta ad tempus semper habet pro herede, in testamento militis nihil supplet. Multo magis obstat Justiniani Constitutio in *cit. L. ult.*: idque vel ex eo intelligi potest, quod Faber istum ictum declinaturus eo confugiat, quo solet in magna aliqua difficultate. Et irascitur quidem is Triboniano, quod Papiniani responsum corruperit disertissimum illum Jurisconsultum inscitissime argumentantem faciens a minori ad majus in hunc modum. Cui pater hereditatis suae partem reliquit, ei multo magis hereditatem filii reliquisse intelligitur: quum potius argumentum Papiniano dignum hoc fuisset facturum, cui totum relinquit testator, hunc illi relicturum multo magis partem totius, *arg. Auth. multo magis C. de SS. Eccl.* Suboluerat id vel ipsi Francisco Accursio *Τὸ multo magis* explicanti, quasi scriptum *non minus*, ut ita Papinianus a pari argumentatus videatur. Sed nec paria esse totum & partem, nemo est, qui non videt. Alia igitur quaerenda est ratio, qua Papiniani argumentum tueamur: haec autem praesto est, & quidem duplex. Altera est haec. Pater in primis tabulis de re sua statuit: in secundis de aliena, qualis est hereditas pupilli: qui autem liberalis est de re sua, multo magis esse liberalis intelligitur de aliena. Altera, & ea quidem potentior haec est. Mariti hereditas non debetur uxori, ut filii hereditas matri. Igitur cui testator hereditatis suae non debitae partem relinquit, ei relinquere hereditatem filii jam debitam voluisse intelligitur. Nunc facile est obicem amovere. In specie, quam tractat Justinianus, vulgari non inest pupillaris, quia *voluntas parentis refragatur*, quo uno casu, in *altera utramque substitutionem intelligi*, negat Modestinus in *cit. L.* 4. §. 2.: refragantis autem voluntatis luculentissimum argumentum ex eo ducitur, quod testator uxorem suam eandemque matrem pupilli heredem sibi ex parte scripserat, filioque sive nato, sive postumo dederat coheredem. Atque hinc illud etiam intelligis, quod scite monet Faber *lib.* 15. *Conject. cap.* 9., si uxori eidemque matri legatum a marito eodemque patre relictum sit, aliud jus futurum, nam multo luculentiùs voluntatis argumentum ex hereditate ducitur, quam ex legato.

CAPUT VI.

SUBSTITUTIO QUASI PUPILLARIS.

Quasi pupillarem latine, ac de more veterum Jurisconsultorum dico substitutionem, quam ab antiquis Glossographis barbaro vocabulo *exemplarem*, a Corasio *exemplatam* minus quidem barbaro, sed non latino vocabulo appellari, jam dixi initio hujus Commentarii. Ad exemplum substitutionis pupillaris inductum est, ut uno casu alter alteri ut ut puberi heredem recte scribat. Exemplum patris pro filio muto testantis ex indulgentia Principali extat apud Paulum in *L. ex facto* 43. *D. h. t.* Sed nulla ante Justinianum Lex fuit, quae id generaliter permitteret. Erat Princeps in

 sin-

singulas caussas exorandus. Primus Justinianus in *L. 9. C. de imp. & al. subst.* parenti concessit puberi etiam filio, filiaeve, aliisve liberis perpetuo mentecaptis substituere, si mentecapti decederent, *certas personas*, uti loquitur Tribonianus §. 1. *Inst. de pupill. subst.*, i. e., mentecaptorum liberos sanae mentis, sive *omnes*, sive *certos*, sive *unum*: liberisque non extantibus, fratres, quos mallet: hisque deficientibus extraneum. De *parentibus* loquitur Justinianus: quo vocabulo omnes superiores utriusque sexus contineri ait Gajus in *L. appellatione 51. de verb. sign.*, ut vix ferendi sint, qui (horum numero vel ipsum Cujacium esse demiror) Justinianeam constitutionem interpretatione coarctantes esse ibi *parentes* putant, qui liberos habent in potestate. Id mihi decorum, & vero etiam aequissimum videtur, judicium patris judicio matris praeferri, & judicium ejus, qui filium in potestate habet, judicio ejus, qui, quum per sexum habere non prohibeatur in potestate, non habet tamen. *Vid. Papillon. De substit. mentecap.* Cur id etiam parenti sequioris sexus indulserit Justinianus, nimis anxie quaesitum. Alii muliebris sexus gratiam apud uxorium Imperatorem bene multam hujus rei caussam statuunt: alii alias comminiscuntur. Quid multis laboramus de hac re? Non juris subtilitas, quae testamentum a patre impuberi filio factum patria potestate tuetur, sed *humanitas*, a qua Constitutionem suam commendat Justinianus, i. e. pietas in liberos, utrique parenti communis, Legem suasit. Quod plerique docent patri, quae secundis nuptiis contractis filio mentecapto vitricum induxit, non licere filio facere testamentum, id manifesta juris ratio suadet; cui enim bonorum filii administratione interdictum est, *L. 22. §. pen. C. de admin. tit.*, absurdissimum est permitti ei bona testamento alienare: quod multo plus esse, quam bona administrare, nemo non videt.

Uti caussa, ita etiam effectu similis est haec substitutio pupillari. Ergo ad exemplum pupillaris, quae filio jam pubere expirat, expirare quasi pupillarem ait Justinianus, si filius resipuerit. Sed & alterum modum, quo substitutio haec finitur, colligunt interpretes ex verbis Pauli in *cit. L. ex facto 43.*, *Ex facto quaeritur. Qui filium habebat mutum puberem, impetravit a Principe, ut muto substituere ei liceret, & substituit Titium. Mutus duxit uxorem post mortem patris, & nascitur ei filius. Quaero, an rumpatur testamentum? Respondi. Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari, verum voluntatem Principis inspicientibus, potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverat, & ut quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari; Nam & si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, quum resipuisset, quia jam posset sibi testamentum facere, etenim iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus; auferi enim testamenti factionem homini sanae mentis. Igitur etiam adgnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an jure habere coepit suum heredem, nec enim aut patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem, utrum in personam unius, an complurium*: quae postrema verba id significant nihil interesse, num unus sit pubes mutus, an plures. Argument o

mento hinc ducto si mentecaptum, qui nuptias ante dementiam contraxit (contrahere enim demens non potest) suscipere liberos contingat, evanescere substitutionem vulgo traditum est: meo quidem judicio rectissime, nec enim verisimile est, aut parentes, aut Justinianum de hoc casu cogitasse, ut eum, qui postea nasceretur, exheredarent.

CAPUT VII.

SUBSTITUTIO MILITARIS.

INter militaris testamenti privilegia illud est, quod Ulpianus scribit in *L. milites 5. de test. milit.*, *Milites etiam his, qui heredes extiterunt, possunt substituere in his dumtaxat, quae sunt ex testamento eorum consequuti*. Titulus, cui subjicitur locus iste Ulpiani (proponuntur eo titulo privilegia militaris testamenti), ac *Tò etiam* apertissimo indicio sunt, loqui Ulpianum de substitutione extraneis facta in secundum casum, h. e. si heredes extiterint, ac decesserint. Id pagano licet, si liberis in potestate constitutis substituat: extraneis substituere ex vulgari tantum formula licet. Differentiae ratio ex eo petenda est, quod quum in testamento militis nuda ejus voluntas, non subtilitas juris spectetur, militi liceat heredem scribere ex certo tempore, aut ad certum tempus, *L. miles 41. eod.*: quod pagano subtilitas juris non permittit, *L. qui solvenda 58. de her. inst.*

Sed de milite nonnulla cauta sunt jure singulari: quo pertinent Diocletiani & Maximiani rescriptum in *L. precibus 8. C. de imp. & al. subst.*, & Papiniani responsum in *L. Centurio 15. D. h. t.*: quae duo loca conjungenda hic sunt. Imperatorii rescripti verba adscripsi *cap. VI.*: verba Papiniani ecce hic adscribo, *Centurio filiis, si intra quintum & vigesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint, directo substituit: intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus jure communi capiet: post eam autem aetatem, ex privilegio militum, patris dumtaxat cum fructibus inventis in hereditate*. Ponit Papinianus datum filio militis substitutum in secundum casum, sed expressa certa aetate, quae pupillarem excedit. Diocletianus & Maximianus factam ponunt substitutionem in secundum casum vel *expressa* (subaudi certa aetate), vel *compendio* (subaudi orationis) *non usque ad certam aetatem*, veluti hac formula, *quandocumque filius decesserit*, quae aetatem pupillarem, aliamque posteriorem comprehendit. Sive autem certa aetate expressa, sive compendio orationis sit facta, filio, qui heres extitit, intra pubertatem decedente, substituto pupillari fit locus nullo discrimine inter testamentum militis, ac testamentum pagani. Quod si filius post pubertatem decedat, substitutio, quae testamento pagani directo facta non valet, ex testamento militis directo facta valet. Sed de substitutione in testamento militis post pubertatem facta non idem, quod Diocletianus & Maximianus, videtur tradere Papinianus. Apud Diocletianum & Maximianum haec sunt, *Si vero post pubertatem decesserit, tunc ejus te* (cui rescribunt Imperatores) *successionem detinente, veluti ex caussa fideicommissi bona, quae quum moreretur, patris ejus fuerint, a te peti possunt*. *Tò a te* personam designat, unde bona petuntur, non personam, quae petit. Sen-

sus est. Filio post pubertatem decedenti mater succedit; sed ab ea potest substitutus veluti ex caussa fideicommissi petere bona, quae patris militis tempore mortis fuerunt, quali mater legitima filii heres ea restituere rogata sit. Cum Imperatoribus consentit Papinianus quantum ad bona patris, quae sola pertinent ad substitutum; sed nullum tamen fideicommissum adgnoscit iis verbis, *Post eam aetatem ex privilegio militum patris dumtaxat bona capiet cum fructibus inventis in hereditate*. Ergo substitutio id genus ex sententia Papiniani esse videtur duplex, i. e. pupillaris, qua filio intra pubertatem decedenti succeditur, filio autem decedente jam pubere, quodammodo vulgaris, qua succeditur tantum patri. Dixi, quodammodo, nam quae proprie vulgaris est, ea, semel adita patris hereditate, expirat. Substitutionem istam dicere posses quasi vulgarem. Ne haec filii etiam bona comprehendat, facit ratio illa juris, aequum non esse, beneficium principale militibus datum tanti valere, ut factionem testamenti auferat homini puberi, *arg. L. ex facto* 43. *h. t.* Quantum ad illud Diocletiani, & Maximiani *veluti ex caussa fideicommissi* non adsentior Fabro, qui *lib.* 15. *Conject. cap.* 12. particulam illam *veluti* suppositiitiam non ex veteris alicujus Codicis fide, sed ex mera conjectura expungit: nec probo quod scribit Cujacius in *cit. L. precibus*, Τὸ *veluti* non similitudinem significare, sed approbationem & confirmationem, quasi scriptum sit, verba directa substitutionis deflecti favore militiae ad caussam fideicommissi; nam verba militis, ut scripta sunt in testamento, ita sunt servanda, nec quidquam jure suppletur, uti superius dictum. Accedit, quod si quasi vulgaris illa substitutio vere valeret jure fideicommissi, substituto non deberentur fructus in hereditate patris inventi, quos tamen deberi ait Papinianus. In fideicommissi hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex mora, aut quum quis specialiter fuerit rogatus etiam fructus restituere, *L. in fideicommissaria* 18. *D. ad Trebell.* Contra fructus sive ante testatoris obitum percepti, sive mortis tempore pendentes, sive post obitum, sed jacente tamen hereditate percepti, pars sunt hereditatis, quae directo defertur, ac proinde debentur substituto, *L. in falcidia* 9. *D. ad L. Falcid.*, qua de re Duaren. *cap.* 23. *h. t.* Rectissime idem Duarenus *Lib.* 2. *Disp. cap.* 7. eorum verborum *veluti ex caussa fideicommissi* hanc ait esse sententiam, substitutionem directo factam a milite tanquam directam valere, quemadmodum, si a pagano facta esset verbis fideicommissi, valeret. Ita τὸ *veluti* apud Diocletianum, ut in aliis bene multis locis juris, omnino est similitudinis nota.

Atque ecce tibi substitutionem illam, quam vulgus interpretum dictitat *compendiosam* propter verbum illud *compendio*, quod est in jam exposito Diocletiani & Max. rescripto. Eam non esse diversum substitutionis genus jam vides, uti nec ea est, quam dicunt *breviloquam*. *Vid. scripta cap.* 2. *hujus Commentarii*. Quae alia sive de *compendiosa*, sive de *breviloqua* disputantur in foro, prostant apud Peregrinum in *Tractat. de fideicommissis*, Fusarium in *Tractat. de substitutionibus*, aliosque. Omnia ab iis pendent, quae nostro hoc commentario tradita sunt.

Antequam imponatur Commentario finis, juvat aliquid dici de separatione hereditatum, quae substituto interdum conceditur, interdum negatur. Sed satius erit integrum Pandectarum caput de separationibus, qui multo patet, latius explicare.

IN

IN TITULUM VII. LIBRI XLII. PANDECTARUM.

DE SEPARATIONIBUS

COMMENTARIUS.

JUre civili hereditas, ut primum est adita, fieri incipit patrimonium heredis; est enim *heres* idem quod *dominus*, §. *ult. Inst. de her. qual. & diff.* Hinc sequitur, si creditores defuncti, & creditores heredis concurrant, horum aeque atque illorum idem jus esse, neque ullam fieri oportere separationem bonorum. Summum istud jus summae injuriae loco habuit Praetor, edictumque proposuit *De separationibus*: unde Ulpianus in *L.* 1. *pr. h. t.*, *Separationem*, inquit, *solere impetrari decreto Praetoris*, aut, quod is idem addit §. 14., *Praesidis*, si in Provinciis res agatur. Edictum proposito exemplo, qui solemnis in docendo Jurisconsultorum mos fuit, Ulpianus §. 1. & 2. explicat in hunc modum. *Debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei extitit Titius: hic non est solvendo: patitur bonorum vendisionem. Creditores Seji dicunt, bona Seji sufficere sibi: creditores Titii contentos esse debere bonis Titii: & sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel*, (id est, in solidum), *& si non in assem*, (h. e. in solidum) *in aliquid tamen satisfacere: admissis autem, commixtisque creditoribus Titii, minus sint consequuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt. Hic est igitur aequissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim quantum* (subaudi, debetur) *cujusque creditoribus praestetur. Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem. Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem. At qui igitur* (Τὸ igitur non est in nonnullis exemplaribus) *adiit hereditatem debitoris mei non faciet meam deteriorem conditionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare: suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem, quae solvendo non est: nec poterunt creditores ejus separationem impetrare.* Hinc patet, fuisse edictum de separationibus a Praetore propositum in gratiam creditorum hereditariorum, seu defuncti, quibus permittitur separationem postulare,

non

non in gratiam creditorum heredis, quibus ea separatio negatur: quod adeo verum est, ut quaesitum scribat Ulpianus §. 5., an interdum etiam heredis creditores possint separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. *Et nullum*, inquit, *remedium est proditum, sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt*. Et quamquam Ulpianus continuo haec adjiciat, *nisi si extra ordinem putamus Praetorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est*, tamen & illud subjicit, *quod non facile admissum est*.

Videant autem creditores hereditarii, ne sibi noceant separatione impetrata, potest enim res esse periculi plena; quod pulchre explicant Paulus, & Ulpianus: hic in *cit. L.* 1. §. 17., ille in *L. si creditores* 5. *eod.* Utriusque verba juvabit adscribere, non enim omnia, quae huc pertinent, sunt apud singulos. Ait Paulus, *Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, & invenitur non idonea hereditas, heres autem idoneus, non poterunt reverti ad heredem; sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent. Sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod adquisitum est illis, qui separationem impetraverunt. Sed si illis satisfactum fuerit, quod superest, tribuetur propriis heredis creditoribus. At si ex alia caussa heres adquisierit, non admittentur hereditarii creditores. Quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod superest, tribuendum hereditariis quidam putant: mihi autem id non videtur, quum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis, & bona sequuti sunt, & quasi defuncti bona vendiderunt, quae augumenta* (subaudi, adventitia & extrinseca, uti bene Gothofredus) *non possunt recipere*, (homogenea enim, ut idem Gothofredus loquitur, qualia sunt fructus, reciperent). *Idemque existimo dicendum, etiam si circa separationem bonorum decepti minus consequuti sunt, quam proprii heredis creditores: proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona, & personam, quae potest, donec vivit, adquirere*. Ait Ulpianus, *Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem heredis si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil: cujus rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari: heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi; separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt justissima scilicet ignorantiae caussa allegata*. Quam Ulp. *veniam* appellat, ea est in integrum restitutio, quae majoribus etiam quandoque indulgetur, *Tit. ex quib. caus. major*. Sed videtur vix aequum quod Paulus & Ulpianus ajunt impetrata a creditoribus hereditariis bonorum separatione, ne id quidem iis tribui, quod, dimissis propriis heredis creditoribus, superfuerit. Et vero contra sensit Papinianus in *L. debitor* 3. §. 2. *h. t.*, *Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis, fuerint dimissi, quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis*. Ad Papinianum certe spectat

Te

Tì quidam putant apud Paulum in *cit. L. 5.*, qua eadem formula Papinianum suppresso ob reverentiam nomine etiam designat in *L. lecta D. de reb. cred.*, *in L. 8. usufr. quemadmod. caveat*, *& in L. qui heredi §. si duorum de cond. & dem.* Paulum, itemque Ulpianum Papiniano invidisse, nemo est qui ignorat. Sed rem ipsam agamus: Ulpianus & Paulus aperte dissentiunt a Papiniano. Hic aequitatem, illi subtile jus sequuntur. *Tì commodius est* apud Papinianum aequitatis est nota, & multo satius est in hac re aequitatem praeferre. Ita Cujacius in *cit. L. 3. ex lib. 27. quaest. Papin.* Aliorum in dissensione ista componenda inutilis labor.

Hactenus dicta intelligenda sunt de creditoribus chirographariis, seu personalibus, qui tantum personam debitoris habent obligatam, non de hypothecariis, qui separatione opus non habent, namque iis satis est cautum actione hypothecaria, quae in rem est. *Vid. A. Fabr. de err. Pagm. dec. 3. err. 1.*

Non solum creditoribus, sed etiam heredibus interdum conceditur separatio. Ita datur heredi necessario contra creditores hereditarios: qua de re idem Ulpianus in *cit. L. 1. §. ult.*, *Item sciendum est, necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet, ut si non attigerit bona patroni*, (i. e. si non dum bona ejus administraverit) *in ea caussa sit, ut ei quidquid postea adquisierit, separaretur; sed & si quid ei a testatore debetur*. Et nihil caussae est, cur id creditoribus hereditariis jure displiceat, sufficere enim debet, quod talis eorum conditio sit, qualis fuisset nullo necessario herede scripto: quo casu postulare potuissent non alia bona vendi, quam quae reliquisset defunctus. Quod de servo cum libertate instituto scribit Ulpianus, pertinet ad veterum Jurisconsultorum disputationem de ea re. Proprios servos etiam non adscripta libertate recte institui, liberos heredesque futuros ajebat Atilicinus teste Paulo *in suis ad Sabinum, & Plautium libris*. Contra non aliter, quam adscripta libertate institutionem valere, creditum a plerisque: unde Plinius *Lib. 10. cap. 4.*, *Contuli*, inquit, *cum Prudentibus. Convenit inter omnes, libertatem non deberi, quia non sit data*. Adeo autem vicit ea sententia in foro, ut eam quasi jus certum proponat Ulpianus in *Fragm. Tit. XXII. §. 6.* Tandem Justinianus Atilicini opinionem confirmavit in *L. pen. C. de nec. ser. her.* quum favore libertatis, tum ex conjectura voluntatis testatoris, qui quum non debeat videri in re seria nugari, praesumitur, quem voluit heredem, eum & liberum voluisse, exemplo ejus, quod de servo tutore scripto sine libertate docet Tribonianus in *§. 12. inst. qui test. tut. dar. poss.* Ergo quod Ulpianus in *cit. §. ult.* scribit de servo cum libertate instituto, hodie verum est, etiam si sine libertate sit institutus. Quid est autem, quod in *cit. §. ult.* inquit Ulpianus, servo heredi scripto separari *si quid ei a testatore debetur*. Nec servum quidquam debere posse, nec servo posse deberi scribit idem Ulp. in *L. nec servus 41. D. de pecul.* Tacent interpretes. Ego casum, quo dominus servo heredi scripto debeat, ita posse fingi ajo. Gajus Stichi dominus quum Titio centum deberet stipulanti Titio promisit, se quod illi debebat, Sticho, quum liber esset soluturum, tum Stichum sibi necessarium scripsit heredem.

Num idem de suo herede jus est? Huc pertinet nobilis Papiniani locus

cus in *L. si filius* 12. *D. de vulg.*, *Si filius, qui patri, ac postea fratri ex secundis tabulis heres exitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet: justius enim Praetorem facturum existimo si fratri separationem bonorum patris concesserit, etenim jus dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis, legitimam haberet fratris hereditatem; itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari debent, habita ratione facultatum in falcidia, non patris ut alias solet, sed impuberis.*

In ponenda specie inter interpretes non convenit. Quidam filios duos alterum puberem, alterum impuberem scriptos a patre heredes ponunt: tum puberem impuberi substitutum. Sed scite monet Cujacius in cit. *L.* 12. *ex Lib.* 3. *quaest. Papiniani*, ita posita specie substitutum non posse, si paternam hereditatem recusavit, fraternam retinere; pars enim ab eo recusata jam fratri impuberi adcrevit, sicque patris hereditas cum caeteris pupilli bonis commixta est, & confusa, nec potest scindi: quo illud pertinet quod in simili specie de substituto scribit Ulpianus in *L. si plures* 10. §. *filio* 2. *de vulg.*, *Aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius, juncta enim hereditas caepit esse*. Est igitur ponendum, quod Cujacius *loc. cit.*, A Faber *Jurispr. Papin. tit. 6. pr. 5. illat* 7., & reliqui melioris notae interpretes ponunt, fuisse impuberem a patre exheredatum: ut proinde species Papiniani sit omnino eadem, quae Juliani in *L. filius* 41. *de adqu.*, *Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, & pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem* (subaudi fratris) *obtinere*. Sed pungit animum scrupulus, quem non pupugisse aliorum animos demiror, nonne enim hereditas patris, filio pubere se abstinente, impuberi exheredato defertur ab intestato, sicque commiscetur etiam & confunditur cum caeteris ejus bonis? Scrupulum animo eximam hac hypothesi. Quemadmodum filius heres scriptus paterna hereditate se abstinuit, ita tutores ea ab intestato delata abstinuerunt pupillum: ideoque bona patris venierunt, ut apud Javolenum in *L. paterfamilias* 12. *de privileg. cred.*, *al.* 28. *de bon.*, *al. de rebus auct. jud. poss.* Porro quum aeque testamentaria ac legitima hereditate abstineri pupillus queat, retineri recte potest species primo loco proposita, si etiam impuberem testamento scriptum heredem finxeris, eumque tutores abstinuisse. Sive autem legitima fratris, sive testamentaria patris hereditate pupillum a tutoribus abstentum finxeris, separat substitutus hereditates, & solam retinet fraternam; ac si hereditas patris solvendo non est, paternis creditoribus non compellitur respondere. Separationis istius consectaneum est, quod subjicit Papinianus, legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari a substituto debere, non ex primis, quia nulla bona paterna ad substitutum pervenerunt: praestari itidem debere *habita ratione facultatum in falcidia non patris, ut alias solet*, (si filium non abstinuisse ponas paterna hereditate) *sed impuberis*. Igitur pro modo facultatum pupilli, salva substituto falcidia, praestanda sunt. Quod putant nonnulli, & probat Cujacius, non esse in hac re distinguendum inter extraneum, & fratrem, vix est ut possit probari. Papinianus de fratre fratri substituto loquitur: tum ea praesertim ratione movetur, quia substitutus remotis tabulis secundis legitimam pupilli here-

hereditatem haberet. Ad haec extraneo hereditatem recusante destituitur testamentum, & per consequentias evanescit substitutio pupillaris, quam tamen, filio se abstinente, nudum sui heredis nomen tuetur.

Sed interest, num filius, cui fuit pupillariter substitutum, paterna hereditate abstinuerit, nec se unquam immiscuerit hereditati, an abstinuerit se ea, postquam se immiscuerat, quod facere impuberibus licet, *L. necessariis* 57. *de adquirend. her.* Posteriore hoc casu substitutum in omne aes alienum etiam patris invitum obligari ait Javolenus in *cit. L. paterfamilias*, quia *tunc hereditas & patris & filii una est.* Unam mixtio illa fecit. Priore casu separat substitutus hereditates, nec paternis creditoribus obligatur, quia abstentionem mixtio illa non praecessit, ac proinde unam non fecit patris & filii hereditatem, Id argumento ducto ex contrario sensu videtur tacitus docere idem ipse Javolenus, qui mixtionis illius diserte meminit; ex eaque conficit, unam esse hereditatem patris & filii. Nec Javoleno obstat Ulpianus, qui in *L.* 42. *de adq. her.* substitutum filio, qui abstinuit, oneribus eximit hereditatis paternae; nam quoniam Ulpianus abstentionis meminit, non mixtionis, est locus ejus ad priorem casum referendus, quo illum rectissime refert Cujacius. Ita pupilli abstentio, quam nulla mixtio praecessit, prodest substituto: mixtio, quamvis abstentio sequatur, nocet.

His, quae dicta sunt, graviter obstat perdifficilis, ac prope desperatae interpretationis locus Ulpiani in *L. quaesitum* 40. *de adq. vel omit. her. Quaesitum est*, inquit, *an licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere, ut puta si impuberi fuerit substitutus. In qua specie Julianus Libro XXVI. Digestorum scripsit, incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati, nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit, multum interesse utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut si ex parte, potuerit sine metu, remota patris successione, impuberis hereditatem amplecti.* Loquitur Ulpianus de eo, quod paterfamilias primis tabulis sibi, secundis filio impuberi heredem scripsit; atque illud fuisse quaesitum ait, num si is paternae hereditatis nihil attingat, puta hereditate patris omissa, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat: *habeat* ex substitutione, ut bene Accursius, quae licet filii testamentum sit, patris tamen judicium est, *L.* 8. §. *sed nec D. de inoff.*: quo verbo ita explicato, nihil necesse est pro eo legere *capiat*, quod fecit Cujacius: *faciat* se pro herede impuberis gerendo, uti recte Cujacius in *cit. L.* 12. *de vulg.*, num, inquam, is paternis creditoribus cogatur respondere: tum subjicit Juliani sententiam, qui *Lib. XXVI. Digestorum* scribit, eum, si se immiscuerit impuberis hereditati, incidere in edictum, hoc est cogi eum paternis creditoribus respondere: eamque rationem sane elegantem addit, nam qui judicium parentis oppugnavit, puta hereditate ejus omissa, non debet ex eadem, h. e. paterna hereditate quidquam consequi. Postremo Marcelli notam proponit. Non laudat Ulpianus librum Marcelli, ex quo notam decripsit: nec prostat is liber in Indice Justiniani; sed satis constat ex *L.* 1., & ex epigraphe *L.* 11. *Quod metus caussa*, scripsisse Marcellum notas in *Libros Digestorum*

Juliani, quibus Julianum castigat, quo factum, ut Jurisconsulti aliquid certi juris esse ostendant ea formula *Julianus hoc dicit, & consentit Marcellus*, *L. si servus §. sed eum is qui servum D. ad L. Aquiliam*, & *L. 2. in fin. de nox. act.* Marcelli nota haec est, multum interesse, num ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut si ex parte, potuerit sine metu, remota patris successione, impuberis hereditatem amplecti, nec paternis creditoribus cogatur respondere; si vero ex asse, secus. Jam videtis quid distet a Juliano Marcellus. Sententia Juliani est, heredem patris, eumdemque impuberi filio substitutum, si paterna hereditate omissa impuberis hereditati se immiscuerit, semper cogi paternis creditoribus respondere. Sententia Marcelli est, ita demum cogi, si patris heres ex asse institutus sit.

Sunt haec multo obscuriora, quam fortasse videri possunt, ac sedulum interpretem desiderant: fierent tamen perspicua, si fingi facile posset species, quam tractat Ulpianus. Sed hoc opus, hic labor.

Prodeat omnium prima species Viviani. Filium impuberem, & extraneum heredes scripsi, tum filio extraneum ex pupillari formula substitui. Filius heres est pro sua parte, & nondum factus pubes moritur: extraneus partem suam, sicque hereditatem meam repudiat, vult tamen pupillo ex substitutione succedere. Nunc illud quaeritur, an pupillo substitutus, qui hereditatis meae partem repudiavit, creditoribus meis pro parte, quam recusavit, cogatur respondere: & ait Julianus, cogi, perinde ac si hereditatem meam pro ea parte adiisset. Secus esse inquit Vivianus, si duos extraneos filio exheredato heredes scripsi, unumque eorum filio substitui, alter autem pro parte sua adiit hereditatem. Vivianus igitur heredem patris, eumdemque filio substitutum prorsus extraneum fingit.

Sed primum is notam Marcelli videtur omnino negligere, quam tamen adprobat Ulpianus: tum speciem fingit, in qua locus esse non potest edicto, in quod substitutum incidere inquit Julianus. Edictum illud verecundissimus Accursius, adjecta dubitationis nota *forte*, suspicatur esse Edictum, de quo est peculiare Caput in Pandectis, *Si quis omissa caussa testamenti*, quod & Cujacio *Lib. 18. Obs. c. 8.*, & Mattio Gordonio *Praetermis. jur. c. 13.* est visum. Sed continuo Accursium deterret is obex, quod Julianus hoc loco de paternis creditoribus loquatur, quum tamen ex *L. 1., ac tot. Tit. si quis omissa causa* exploratissimum sit, eo Edicto legatariis quidem & fideicommissariis, non creditoribus fuisse consultum. Hinc addit, Edictum Juliani prorsus aliud fuisse, quod aetatem non tulit. Hanc posteriorem conjecturam arripuit Bartolus, qui novo huic edicto hanc sententiam affingit, *quisquis paternam hereditatem repudiaret, pupillarem habere non posse*. Antonius Faber *de err. Pragm. dec. 32. er. 1.* & novum illud Edictum ridet, & priorem Accursii conjecturam refellit. Verum is non meliora in medium profert, sed hostem fingens, quem feriat, novi Edicti nugas magno Cujacio placuisse ait: quum tamen Cujacius totus sit in eo, ut Juliani Edictum esse Edictum si quis omissa caussa demonstret: & sane tradit, quod Julianus scribit hoc loco, substitutum incidere in Edictum, ita esse accipiendum, quasi diceret, incidere eum in sententiam Edicti; & si enim soli legatarii, ac fideicommissarii verbis Edicti compre-

prehendantur, ex sententia tamen Edicti, & per consequentias, creditoribus paternis tenetur, qui legatariis tenetur, quibus post creditores demum praestari legata compertissimi juris est.

Nunc, ut ad Viviani speciem revertar, dubitabundus ajo, vix esse, ut habere locum possit, si ad edictum si quis omissa caussa referatur. Certe edictum illud contra eos est, qui omissa caussa testamenti ab intestato possident hereditatem, ut ex ipsis tituli verbis compertum fit. At vero si fingas, heredem patris eundemque substitutum filio prorsus extraneum esse, quo pacto posset is hereditatem ab intestato possidere, plane non intelligo. Scio quidem Pandectarum caput ita inscribi, *si quis omissa caussa testamenti ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem*; sed & illud scio verba illa *vel alio modo* referri debere ad alias caussas, seu titulos possidendi universales praeter caussam intestatae successionis ex jure civili, quales caussae sunt bonorum possessiones. Quomodo autem extraneus hereditatem, quae jam ad heredes legitimos pertinet, ex universali caussa possidere possit, ego non liquere pronuncio, nisi si quasi praedo possideat hereditatem fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis, ut Ulpianus loquitur in *L.* 1. §. 9. *eod.*: qui rarissimus est casus.

Jam quod de filio impubere atque extraneo scriptis heredibus, idem esse addit Vivianus, si fingas, extraneum filio exherede scripto ex asse institutum, tum filio, ex pupillari formula substitutum. Atque hanc speciem fingit Jac. Cujacius *Obs.* 18. *c.* 8.

Sed & Vivianus, & Cujacius in hac specie labuntur, si enim fingas, extraneum ex asse institutum paternam hereditatem repudiasse, qua ratione posset pupillarem substitutionem amplecti, non video. Quoniam enim post longam disputationem obtinuit tandem, pupillarem substitutionem paterni testamenti partem esse & accessionem, ut Tribonianus tradit *Lib.* 2. *Inst. de pupil. subst.* §. *liberis* 5., consectaneum illud est, paterno testamento destituto pupillares tabulas corruere: qua de re fuse dictum in *Comm. de vulg. & pup. subst.* Mortuo igitur, antequam in suam tutelam veniat, filio impubere, hereditas legitimis defertur heredibus, atque omnis de substituto inutilis est quaestio. Id quidem vitium prior Viviani species non habet, nam si fingas substitutum filio coheredem datum, quod extraneus partem suam recusat, id nihil quidquam obturbat, nam filius heres est, & quidem suus, qui nullo facto suo, sed jure ipso est heres.

Franciscus Duarenus in *Tit. de adq. vel omit. her. sub fin.* contendit, etiam unum fuisse testamento patris scriptum heredem, & impuberi filio exheredato substitutum, sed eum tamen fuisse impuberi filio fratrem: quod videatur Ulpianus de instituto loqui tanquam de filio, ibi, *Quaesitum est, an licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, creditoribus paternis cogatur respondere*. Et mox, *Nam qui judicium parentis oppugnaverit*: & denique *remota patris successione*, quae minus proprie ad impuberem ipsum referas, quo ea refert Cujacius in *L. si filius qui patri*. 12. *de vulg. ex lib.* 3. *quaest. Pap.* Potuisset Duarenus alio argumento, quod ex hoc ipso loco suppetit, idem probare; de substituto enim sic habet Ulpianus, *Julianus scribit incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati*. Verbum *immiscuerit* momentosum est: *Immiscere*

 se

se sui tantum, vel necessarii heredes dicuntur, quemadmodum extranei *adire*, *L.* 56., *L.* 57., *L.* 91. *de adq.*, & 5. *extraneis Inst. de her. qual*. Et recte immiscere se dicitur frater fratri impuberi substitutus, quod necessarius ei heres sit, Diserte Ulp. in *L*. *de adq. vel omit. her.*, *Caeterum*, inquit, *si frater a patre fratri impuberi substitutus sit, sine dubio necessarius heres existet*. Speciem a Duareno confictam retinent nonnulli, eamque hac argumentatione confirmant. Filius patris heres in primis tabulis, & fratris sui impuberis ex secundis abstinet ab hereditate paterna, sicque nihil ejus attingit; quoniam vero id Praetoris beneficio fit, qui neque heredem facere, neque exheredem potest, filius qui se abstinuit, adhuc est heres. Nudum autem sui heredis nomen pupillares tabulas confirmat: quae sententia, & si Duareno displiceat, placet tamen Cujacio, & plerisque aliis, apertissimisque locis juris probatur; sicque in proposita specie pupillaris substitutio non corruit, quae tamen in priore Viviani specie corruebat. Verum specie ista nihil absurdius. Finge filium patri heredem, atque impuberi fratri substitutum. Quid juris sit vide. Is paterna hereditate abstinet; tum vult fratris hereditatem amplecti. Quaero, num possit patris ac fratris hereditates separare. Quaero, num sola fratris hereditate adgnita, paternis creditoribus respondere cogatur. Ajo hereditates separare posse. Ajo creditoribus respondere non cogi. Hereditates separat Juliano ipso auctore in *L.* 41. *de adq. vel omit. her.*, ubi scriptum est. *Filius qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, & pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere*. Creditoribus paternis respondere non cogitur auctore Papiniano in *cit. L.* 12. *de vulg*, cujus verba superius adscripta sunt. Frater, igitur & si jure civili separationem hereditatum obtinere non possit, sicque paternae hereditatis onera a se removere, si tamen Praetorem adeat, eum audiri debere Papinianus inquit in *cit. L.* 12., ac Praetorem justius facturum, si fratri separationem bonorum patris concesserit. Justum quidem jus civile est, quod separationem denegat. At justius est Praetorium jus, quod separationem indulgeat, atque hoc est *justum melius justo* apud Aristotelem. Ratio autem Praetoriae aequitatis ea est, quam elegantissime Papinianus tradit his verbis, *Etenim jus dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere*. Sententia Papiniani haec est, si frater non potest hereditates separare, invitus ab hereditate removeretur, omitteret enim fraternam hereditatem, ut se hereditatis paternae oneribus eximeret: idque contra votum. Aut ego fallor, aut quae ex Juliano ac Papiniano disertata sunt, Duareni speciem prorsus convellunt; est enim ea species quaerenda, quae locum faciat Edicto, hoc est, qua substitutus, qui paterna hereditate omissa impuberis hereditati se immiscuerit, creditoribus paternis respondere cogatur. Sed is substitutus certe frater impuberis esse non potest, nam frater separationem hereditatum impetrat, sicque a se amovet onera paternae hereditatis. Neque obstat argumentum, quod proposui, a verbo *se immiscuerit* ductum; nam licet Romanorum Jurisconsultorum summus fuerit, auctore Quintiliano 5. *Inst. orat. cap. ult.*, circa verborum proprietatem labor: eaque praecipua fuerit laus Ulpiani nostri, qui proinde propter studium verborum *venator nominum* dicitur Athenaeo *in caen. sapient.*

sapient.. Interdum tamen verbis abusi sunt; quod hoc uno exemplo probatur satis. Certe *gerere* gestoris negotiorum proprium est, non procuratoris, eo tamen verbo abusus est Ulpianus *L.* 33. *de Procurat*.

Martius Gordonius *loc. cit.* contendit heredem patris impuberi substitutum fuisse fratrem testatoris, adeoque impuberi patruum. In hac specie fit locus edicto, quoniam enim substitutus agnatus est, recte potest ab intestato possidere, sicque, quod in fraudem edicti possideat, creditoribus paternis respondere cogi. Perperam Gordonius; namque omissa a patruo institutione, si is erat ex asse scriptus, pupillaris substitutio evanescit, patrisque hereditas filio defertur ab intestato.

Sed qualis tandem erit in specie Juliani heres patris filio impuberi substitutus? Ego de hoc loco sollicitus tandem ita statui apud me. Juliani species ita fingenda est, ut heres non sit extraneus, cui sit coheres filius impubes, namque is possidere ab intestato non potest: non extraneus solus, quum quia possidere non potest ab intestato, tum quoniam, corruente ob non aditam hereditatem substitutione, hereditas ad legitimos redit: non frater testatoris easdem ob caussas: non denique frater impuberis idemque filius testatoris, namque is separatione impetrata metuere sibi ab edicto non potest. At haec si vera sunt, quid aliud nobis est reliquum, quam ut de loci istius interpretatione desperemus. Unum ex his tribus affirmes necesse est, heredem patris, eundemque impuberi substitutum, aut prorsus extraneum fuisse, aut adgnatum, aut suum. Quidquid dixeris, absurdum.

Videamus quid in hac re conatus sit A. Faber. Ait is, locum hunc juris, nisi a Triboniano corruptum dicamus, plane explicari alias non posse. His autem argumentis suam adstruit conjecturam. Principio Julianus ait, substitutum incidere in Edictum. At quodnam est Edictum istud? Non aliud, nisi Edictum si quis omissa caussa testamenti. Anne igitur eo Edicto creditoribus consultum? Ex verbis Edicti legatariis tantum & fideicommissariis, ex sententia autem creditoribus. Ita ex Cujacio interpretes. Sed quem locum juris in eam rem Cujacius laudat? Nullum, nec laudare ullum poterat, nam creditoribus consulere ex mente Edicti non est. Legatariis & fideicommissariis subveniendum putavit Praetor, ut conservarentur legata, & fideicommissa, quae alioqui deserto testamento ipso jure intercidissent. Creditorum salva semper res est. Omittitur caussa testamenti? Legitimi heredes creditoribus respondent. Ab intestato etiam repudiatur hereditas? Praesto est missio in possessionem, ac bonorum venditio, *Tit. Quib. ex caussis in possess.* Vacantia bona Fiscus occupat ex L. Julia, Fiscus creditoribus facit satis, *L.* 1. *& passim de jur. fisc.* At vero detur Cujacio Edicti sententiam ad creditores pertinere; pertinebit certe, ubi hereditas caeperit ab intestato possideri: quae species cum Juliani loco non convenit, nam loquitur Jurisconsultus de eo substituto, qui & nihil paternae hereditatis attingat, & aliquid propter patris voluntatem habeat, ac proinde de illo, qui successit impuberi ex substitutione pupillari, quae licet testamentum filii, judicium tamen patris est. Deinde quod ex hoc loco apertissime patet, Juliani sententiam fuisse a Marcello notatam, falsum esse contendit Faber, atque Marcello bene convenire cum Juliano: cujus con-

conjecturae momenta haec sunt. Marcelli distinctio haec est. *Si* substitutus ex parte fuit scriptus heres testamento patris, potest sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti: si ex asse, non potest. Hoc idem ante Marcellum tradiderat Julianus in *L. ita tamen* 27. §. *qui suspectam* 2. *ad Trebel.*, cujus elegantissima species haec est. Proponebatur heres institutus hereditatem restituere rogatus, idemque impuberi substitutus, qui hereditatem patris suspectam dixit, & coactus adiit. Quaesitum fuit, num pupillarem quoque hereditatem postea sibi delatam & adquisitam fideicommissario hereditatis paternae restituere cogendus esset. Respondit in hanc sententiam Julianus; si pupillaris substitutio his verbis concepta, *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, pupilli quoque hereditas fideicommissario paternae hereditatis restituenda est ea ratione, quod nihil habere commodi ex testamento potest, qui non volens lubens, sed coactus fuit heres: si vero pupillaris substitutio his verbis concepta sit, *Titius filio meo heres esto*, distinguit in hunc modum. Aut Titius solus scriptus est heres, aut adjecto coherede, seu, quod eodem redit, aut ex asse, aut ex parte: si ex asse, pupilli quoque hereditatem restituere cogendus est, quia nisi coactus paternam hereditatem adiisset, hereditatem pupilli non haberet: si ex parte, pupilli hereditatem retinet ea ratione, *quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire*: Jam hoc quid aliud est, quam illud ipsum quod Marcellus ad Julianum notat in *cit. L.* 40.? An Marcellus adeo infensus Juliano, ut falsam quoque notam summi J. C. nomini adspergeret? Cave putes adeo impudentem fuisse Marcellum. Atque haec acutissimus Faber, quibus late ac subtiliter discussis ruit in haec verba *cap.* 3. *dec.* 32., *Quid ergo dicendum superest, ut nos ex tot, non tam difficultantibus, quam ineptiis & absurditatibus extricemus? Id unum, de quo jam vix puto quisquam vel tacentibus nobis dubitabit, Triboniani esse ista omnia Juliani sententiam pessime corrumpentis, & Ulpiani nomine sine mala fide abutentis?* Huc usque contra Tribonianum Faber. Profecto si quis Fabri argumenta serio expendat, is Fabrum haud obscura loqui dixerit. Illud unum facit, ne Fabro adsentiar, quod si quis ab eo Tribonianum tam acerbe accusante quaereret, quod Cassius ille Romanus Judex in caussis quaerere solebat, cui bono fuisset, quid reponeret, non haberet. Chronologiae atque historiae ope deprehenderunt critici, saepe Tribonianum, vel ut Imperatorem suum palparet, vel ut Theodorae assentaretur, loca juris interpolasse. At in hac specie intelligere satis non possum, quid caussae potuerit esse, cur Tribonianus Juliani, & Marcelli nomina dehonestavit.

Ergone animum despondebimus? Animum despondit vel ipse audacissimus omnium Faber. Ego vero aliquid conabor, dum tamen id mihi detur, quod magni nominis interpretes docent, sententiam Edicti si quis omissa caussa testamenti ad creditores etiam pertinere. Fabro id praecise neganti Ulpianum oppono in *cit. L. quaesitum* 40., quam nihil est caussae cur a Triboniano corruptam suspicemur. Porro fuisse ejus edicti sententiam a Jurisconsultis productam ad casum, quo heres institutionem omittens possidere ab intestato non potest, auctor est Papinianus in *L. Julianus* 26. *si quis omis. caus. test.* Extraneum fingit heredem institutum, eique substitu-

tam

tam filiam, quam is habebat in potestate: ab eoque multa legata relicta. Extraneum istum inquit Papinianus si omissa institutione, ne legata a se relicta praestaret, filiam jussit adire ex substitutione, *legata ab ipso data ex sententia edicti praestaturum*. Ergo qui omittit institutionem, atque hereditatem amplectitur ex substitutione facit contra sententiam edicti, quamvis extraneus sit, cui possidere non licet ab intestato. Ita posset species poni in extraneo. Sed quoniam in cit. *L. quaesitum* distinguitur inter heredem ex asse, & heredem ex parte institutum, quis intelligat, quod ibi traditur, extraneum ex asse heredem, qui remota patris successione hereditatem impuberis amplexus est, creditoribus paternis respondere compelli? Destituto patris testamento ruit omnino substitutio pupillaris: Ecce nunc tibi conjecturam, quam facio. Non loquitur Ulp. de herede, qui paternam hereditatem recusavit, sed de herede, qui *nihil attigit paternae hereditatis*, h. e. de eo, qui paternam hereditatem non dum agnovit, ac proinde de eo, qui adhuc deliberat. Eo adhuc deliberante, nec dum deserto patris testamento mori pupillum finge, hujusque hereditatem extraneum substitutum amplecti, tum pupilli heredem jam factum paternam hereditatem recusare. Hanc speciem tractans Julianus incidere eum ait in Edictum, quia hereditatem amplexus ex substitutione institutionem omisit, ac patris creditoribus respondere cogi, quasi hereditatem patris jam attigisset; hoc enim ipso, quod amplexus est substitutionem, quae testamenti paterni pars est, hereditatem patris agnovisse intelligitur. Marcellus autem, si extraneus ex asse scriptus est heres, consentit cum Juliano, si ex parte, non teneri substitutum inquit paternis creditoribus respondere, nam recusata hereditatis pars adcrescit coheredi, qui creditoribus respondebit. Ita substitutus uno casu pro herede est, altero non est heres patris. Ita *L. quaesitum* 40. non obstant *L. si filius* 12., aliaeque jam superius explicatae. *Lex quaesitum* 40. de herede extraneo accipienda est in eum modum, qui propositus est: *Lex filius* 12. *de vulg.*, & *L. si filius* 41. *de adq. her.* accipiendae omnino sunt de filio suo herede, uti sunt scriptae.

Ut ut sit redeamus ad Julianum. Ait is, cogi substitutum paternis creditoribus respondere ea ratione, nam qui judicium patris oppugnaverit (recusata post aditam hereditatem pupilli hereditate paterna) non debet ex eadem hereditate quidquam consequi. Hic certe non est ferendus Faber, qui *de dec. err.* 1. reprehendit ea verba *ex eadem hereditate*, quod putet nomine hereditatis venire hic utramque hereditatem patris ac filii: quo nihil dici falsius potest, quum extra dubitationem sit positum, patris ac filii duas esse hereditates unius testamenti. Ecquis est, qui non videt, verba illa *ex eadem hereditate* ad hereditatem patris referri? nisi quis malit *hereditatem* interpretari *testamentum*, quod putavit post Fulgosium Cujacius. Testamento patris debet substitutus hereditatem filii, quam est amplexus: hanc autem non meretur, qui testamentum patris oppugnat. Quoniam vero semel adita pupilli hereditas repudiari amplius non potest, *L. sicut* 4. *C. de repud. vel abst. her.*, qua de re elegantissime Faber in *Jurispr. Papin. tit.* 6. *pr.* 5. *illat.* 8., hinc fit, ut vel invitus pro herede patris habeatur.

Magna cura haud infeliciter defuncti pergamus ad alia. Edictum de sepa-

separationibus ad alias etiam caussas Principum constitutionibus, aut Prudentum interpretatione productum est. Et vero beneficium separationis est datum heredi rogato hereditatem restituere, si compulsus adiit, ac persona deficit, cui restituatur. *Si quis*, verba sunt Ulpiani in *L. 1. §. 6. de separat.*, *suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire, & restituere hereditatem, deinde non sit, cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire* (casus erit, si fideicommissarius nullo herede decedat, ut in *L. apud Julianum 11. §. 2.*, *& L. postulante 44. ad J. C. Trebell.*), *& ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios, subveniemus. Hoc & Divus Pius rescripsit; ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. Creditoribus quoque hujusmodi heredis desiderantibus, hoc idem praestandum puto; licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur.* Locum hunc Ulpiani a Triboniano corruptum putat Faber *lib. 18. Conject. cap. 8.* Fabrianas conjecturas expendere temporis angustiae vetant. Datum est itidem creditoribus castrensibus. *Si filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet*, ejusdem Ulpiani verba sunt in *cit. L. 1. §. 9.*, *an separatio fiat inter castrenses, caeterosque, videamus. Simul ergo admittentur, dummodo, si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari:* id postulantibus creditoribus castrensibus, in quorum gratiam sit separatio: *Quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit & creditori contra dici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.* Hunc quoque locum male habitum a Triboniano contendit Faber in *Jurispr. Papin. cit pr. 5. illat. 3.* Mihi Fabriana argumenta incudi reddere per tempus non licet.

Est & illud genus separationis inductae per novas Justiniani constitutiones in *L. ult. C. de jur. delib.*, *& Nov. 1. de heredib. & falcid.* quibus cavetur, heredem rite facto inventario supra vires hereditatis non teneri. Hinc consequitur, ut postulantibus non creditoribus defuncti, ut olim ex Edicto de separationibus, sed creditoribus propriis heredis, hujus bona separentur a bonis defuncti? *Vid. Fabrum cit. pr. 5. illat. 1. & 2.*

Separationis commodum creditores hereditarii amittunt, si novandi animo ab herede stipulentur, aut satis, pignusve accipiant, ita enim heredem sequuntur, eliguntque, *L. 1. §. 10. 11.*, *& 15. de separat.* Sed jure novo non aliter novatio admittitur, quam si contrahentes *specialiter remiserint priorem obligationem, & hoc expresserint:* si hoc non sit expressum, *nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriori stare, & posteriora illis accedere* inquit Justinianus in *L. ult. C. de novat.* Amittunt itidem, posteaquam bona hereditaria ita sunt cum bonis heredis commixta & confusa, ut pene impossibilis sit separatio: si qua tamen separari possunt, eorum separatio impetratur, *cit. L. 1. §. 12.* Denique amittunt post lapsum quinquennii ab aditione numerandi, *cit. L. §. 13.* Sed postremum hunc separationis amittendae modum non puto pertinere ad genus illud separationis, quae facto ab herede inventario creditoribus ejus datur. In *L. debitor 3. de separat*, quae sane elegantem continet Papiniani disputationem ex Quaestionum lib. XXVII. *Vid. Cujacium in suo Papiniano, atque A. Fabrum lib. 7. Conject. cap. 16.*

IN

IN LIBROS PANDECTARUM XXX, XXXI, AC XXXII.

DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

COMMENTARIUS.

IN ea juris civilis parte, quae de legatis, & fideicommissis agit, veteres Jurisconsulti tantum operae, quantum vix in alia, posuere. Bene multos de ea re libros scripsisse Aburnium Valentem, Gajum, Pomponium, Volusium Maetianum, Ulpianum, Paulum, & Modestinum, testis est index Jurisconsultorum Pandectis Florentinis praefixus. Quod autem gravissimi illi viri indignum ducebant tempus iis tractandis impendere, quae difficultatis, utilitatisque parum haberent, tot eorum libri argumento sunt plane maximo, in ea nos hoc anno tractatione juris versari, quae ingenia vestra egregie praeter ceteras exercebit, vobisque fructus uberrimos pollicetur. Pauca haec ad diligentiam vestram exacuendam praefatus, rem ipsam (quod bene feliciterque vertat) ingredior.

Commentarii quatuor erunt partes. Prima legatorum fideicommissorumque naturam exponet. Secunda modos, quibus dantur: Tertia regulas, quibus deferuntur: Quarta caussas, quibus aut minuuntur, aut pereunt.

COMMENTARII.

PARS I.

DE LEGATORUM FIDEICOMMISSORUMQUE NATURA:

IN tribus Pandectarum libris, quos interpretandos adgredior, separantur legata a fideicommissis. Et vero multis olim differebant inter se: tum differentias novum jus sustulit; sed eas tamen operi suo adspersit Tribonianus: unde vetus aeque ac novum jus nosse necesse est.

CAPUT I.

VETERES LEGATORUM ET FIDEICOMMISSORUM DIFFERENTIAE.

UT primum ea differebant origine. Legandi poteſtatem Romanis civibus fecit Lex XII. Tab. iis verbis, *Uti legaſſit ſuae rei, ita jus eſto*, quibus inſtitutiones, & legata comprehendi Pomponius ſcribit in *L. verbis* 120. *de V. S.*, non item fideicommiſſa: quin fuiſſe haec in fraudem Legis inducta, teſtatur Hieronymus in *Lib. de vit. cleric.*, ubi, *Per fideicommiſſa*, inquit, *Legibus illudimus*: itemque Tribonianus *Inſt. de fideicomm. her.* §. 1. in haec verba, *Quibus non poterant hereditatem, vel legata relinquere, ſi relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex teſtamento poterant*: ut ecce, peregrinos jus non erat capere: civium autem alii non ex omnium teſtamentis capere poterant, (ita vir & uxor nihil inter ſe capiebant, ſi contra Legem Juliam, Papiamque Poppaeam contraxerant matrimonium, veluti ſi famoſam uxorem ingenuus duxiſſet, aut libertinam Senator, *Ulp. fragm. tit.* 16. §. 2.): alii non ſolidum, ut orbi: alii prorſus nihil, ut caelibes, qui intra diem centeſimum Legi non paruiſſent. *Sozom. hiſt. lib.* 1. *c.* 9., *Ulp. fragm. tit.* 17. §. 1. Quod iſtis directo relinqui Leges vetabant, caepit oblique relinqui re fidei eorum commiſſa, qui poterant capere. Sed non hoc uno, quod relinqueretur non capienti, fieri fraus Legi intelligebatur. Intererat, num quis *palam*, hoc eſt *teſtamento*, *codicilliſve* rogaretur non capienti reſtituere, an *tacite*, h. e. *domeſtica cautione & chirographo*, uti Calliſtratus loquitur in *L. non intelligitur* 3. *pr.*, & §. 1. *de jur. fiſc.*, obligaret ſe ad reſtituendum. *Domeſticam cautionem* interpretatur Cujacius in *cit. L.* 3. *privatam ſcripturam*, qua heres fideicommiſſario cavebat. Et vero omnis ſcriptura, qua cuipiam cavetur, *cautio* dicitur Juriſconſultis. Sed quoniam Calliſtratus cautioni addit *chirographum*, quod eſt itidem privata ſcriptura, ego *cautionem* interpretor nudam repromiſſionem: quae eſt ejus vocis ſignificatio in *L. verum* 63. §. 4. *D. pro ſocio*, & *in L.* 3. *C. de V. S.*, maxime quum nuda etiam promiſſione quandoque factam Legi fraudem ſcribat Gajus in *L. in fraudem* 10. *de his, quae ut indign.*, ac pro *& chirographo* lego apud Calliſtratum, *aut chirographo*. Calliſtrati locum mire illuſtrat locus Gaji *in cit. L.* 10., *In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit reſtituturum ſe perſonae, quae legibus ex teſtamento capere prohibetur, ſive chirographum eo nomine dederit, ſive nuda pollicitatione repromiſerit*. Clanculario hoc fideicommiſſo, quod *tacitum* dicebatur, *L. quum quidam* 17. §. 2. *de probat.*, & *L. ſi tacitum* 13. *ad L. Falcid.*, fraus fiebat Legi, non item illo: unde quum quidam teſtamento ſuo ita ſcripſiſſet, *Vos rogo, ut in eo, quod a vobis petii, idem praeſtetis*, quaeſitum ſcribit Calliſtratus in *cit. L.* 3. *pr.*, an id palam datum intelligeretur: & reſpondiſſe Julianum, *dici poſſe ex ſupradictis verbis non eſſe Legi fraudem factam*; etſi enim non appareret, quid ab heredibus petitum eſſet, fuerant tamen teſtamento palam rogati, non domeſtica cautione, aut chirographo fidem tacite obligaverant. Quae tacite fiunt, ea fieri creduntur in fraudem Legis: quae palam, ex bona fide; quamvis non ex

Lege

Lege fiant: cujus rei illustre exemplum habes in *L. miles* 11. §. 1. *ad L. Jul. de adult.* Tacita fideicommissa redigebantur in fiscum ex S. C. Planciano, de quo Heineccius ad *L. Jul. & Pap. lib. 2. cap. 6. n. 6.* Accessit & altera fideicommissorum inducendorum caussa. Interdum peregre morientibus copia non erat septem civium Romanorum, quibus testibus facerent testamentum. Caepere igitur codicillis, seu epistolis futuros sibi heredes rogare, ut aliquid facerent: quod temporibus Augusti primum a Lucio Lentulo factum, auctor est Tribonianus, *pr. tit. Inst. de codicil.* Quod autem fideicommissis publica auctoritas deerat, nullo juris vinculo continebantur: proinde quamvis heredem fides, ac pudor moneret, nulla Lex tamen cogebat invitum. Quod heres facere non tenebatur, quae fuerat rogatus, faciendo beneficium dabat: quo refer illud in veteri marmore apud Reinesium *Inscr. Clas. II*, 73., *L. Cestius qua ex parte ad eum hereditas M. Agrippae munere pervenit &c.* Primus Augustus Consules jussit *auctoritatem suam interponere* inquit *Trib. §. 1. Inst. de fideicom. her.*, h. e. heredes testamento codicillisve rogatos cogere, ut restituerent: quod *paullatim*, i. e. sub Claudio, *conversum est in assiduam jurisdictionem*, h. e. in jurisdictionem non quotannis a Principe *demandari solitam*, uti ante tempora Claudii factum narrat Svetonius in *Claudio cap.* 23., sed *in perpetuam*, & ex officio competentem: quam eandem jurisdictionem *etiam per Provincias Potestatibus*, i. e. Praesidibus ab eodem Claudio datam Svetonius addit. Creatum subinde scribit Tribonianus Praetorem proprium, qui de fideicommissis jus diceret. Hic est Praetor ille, qui *Praetor de fideicommissis* in veteri titulo apud Gruterum, & *fideicommissarius* dicitur in multis locis juris apud Brissonium. *Praetores duos* meminit Pomponius in *L. 2. §. 31. de O. J.* Quod nemo alius praeter Pomponium Praetores *duos* meminerit, id Pomponio non abrogat fidem. Qui Praetorem unum meminere, ii scripsere post tempora Titi, quem *de duobus detraxisse unum*, auctor est idem Pomponius: Quod legisse se in Svetonio Heineccius inquit, Praetores duos a Claudio constitutos, id ego neutiquam legi. Apud Svetonium mentio est *Magistratuum*, quo vocabulo recte possunt designari Consules, ac Praetor unus; cave enim putes, creato Praetore fideicommissario desiisse a Consulibus jus in urbe dici de ea re. Praetores a *Claudio adjectos* scribit Pomp. in *L. 2. §. 32. de O. J.* Etiam Ulp. *Fragm. XXV* 12. cum Consulibus conjungit Praetorem. Summae Praetoria cognitione majoris persequendaeque apud Consules meminit Quintil. *Inst. Orat.* III. 6., unde quantitate sola alteram ab altera jurisdictione rectissime separant, Cujacius *obs. XXI.*, 34., & Merillius *obs. V. 36. In L. 26. de probat.* Imp. Commodus de fideicommisso magnae quantitatis cognovit certe ex appellatione. Ita fideicommissis publica auctoritas accessit: auctoritas Magistratus, non item juris stricti: quae duo sunt separanda. Juris stricti auctoritas in eum exercetur, in quem recte potest actio intendi, tanquam eum, qui jure civili stricto tenetur. Auctoritas Magistratus in quibusdam caussis ei succurrit, cui nulla jure civili stricto prodita est actio; est tamen natura aequum aliquid dari, praestari. Dixi, in quibusdam caussis; namque eorum, quae juris gentium sunt, quaedam civile jus pudori hominum relinquit, quaedam sua facit, & prodita actione confirmat: quaedam mera

Magistratus auctoritate tuetur. Duplex hoc genus auctoritatis pulchre adstruit locus Papiniani in *L. hereditas* 50. §. 1. *de hered. pet.*, *Quamvis stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali, aut Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.* Referri eodem potest locus Pomponii in *L. Quintus Mucius* 7. *de ann. leg.* Nunc intelligis, non esse a jure abhorrentem, ut quidam putant, vulgarem illam officii jus dicentis partitionem in *mercenarium*, quod actioni subservit, & *nobile*, quod cessante actione, ut natura aequum, interponitur. Ergo fideicommissa ante tempora Augusti pudori hominum relicta caeperunt sub Augusto ad meram jus dicentis auctoritatem, seu ad nobile ejus officium pertinere: Ulpianus in *L. pecuniae* 178. §. 2. *de V. S.* postquam docuerat, aliud esse actionem, aliud persequutionem, *Persequutionis verbo*, scribit, *extraordinarias persequutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum: & si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii exequutionem*: quasi scribat, fideicommissa peti non actione apud datum a Magistratu judicem proposita: quae erat juris ordinarii exequutio; sed implorato officio Magistratus, qui pro imperio suo heredes ad supremae voluntatis obsequium compellebat. Hoc idem aliquanto luculentius exprimit idem ipse Ulp. in *fragm. tit.* 25. §. 12. his verbis, *fideicommissa non per formulam* (h. e. per actionem) *petuntur: sed cognitio est Romae quidem Consulum, aut Praetoris: in provinciis vero Praesidum provinciarum*. Dicam verbo. Legata sunt juris civilis stricti: fideicommissa sunt juris gentium, quod civile jus non actione, sed mera Magistratus auctoritate tuetur.

Ex hac una differentia omnes aliae, tamquam consectaria proficiscebantur. Legatorum verba erat *civilia, imperativa, & directa*: fideicommissorum *precaria*, & *inflexa*, seu *obliqua*. Quae Ulp. *Fragm. tit.* 25. §. 1. verba *civilia* vocat, ea idem Ulpianus *Fragm. tit.* 24. §. 1. interpretatur verba *Legis modo*, idest, *imperative* prolata; & diserte Constantinus *imperativa* appellat in *L. quoniam* 15. *C. de testam.* Haec eadem Constantinus in *cit. L.* 15., & Justinianus in *L.* 2. *C. comm. de leg. & fideic. directa* dicunt. *Legare*, quo verbo Lex XII. Tab. institutiones & legata, non item fideicommissa comprehenderat, a lege factum, uti rectissime Vossius in *Etymologico*: proinde idem est atque in modum imperantis, & quasi in modum Legis statuere: unde *legata* pro tributis, aut vectigalibus, quae publice indicebantur, *L. Julianus* 13. §. 6. *de act. emti*: quod verbum juris miror Brissonio, atque Heineccio excidisse. Verbis civilibus, & imperativis proprie opponuntur *precaria*: directis *inflexa*, & *obliqua*: *Inflexorum* (quod itidem verbum a Brissonio, atque Heineccio omissum) mentio est in *cit. L.* 15.: *obliquorum* nulla, quod sciam, in Libris juris, in commentariis autem interpretum frequentissima: nec Latini scriptoris auctoritas deest. Ammianus Marcellinus, *Sylvano*, inquit *Lib.* 15. *cap.* 5., *rogante verbis obliquis*. Tam diversa istorum verborum ratio non aliunde, quam a diversa legatorum, & fideicommissorum origine petenda est. Quae Legum permissu facimus, ea facimus imperantes: quae non ex auctoritate juris, precantes: precamur autem oblique, h. e. aliorum operam fidemque interponentes: contra directo, & nos ipsi imperamus.

Eadem diversa origo fecit, ut legata tantum Latine scripta valerent, fidei-

fideicommissa etiam Graece, quin & alia alterius cujuscumque gentis lingua, *Ulp. in Fragm. tit. 15. §. 9., & in L. fideicommissa 11. pr. de leg. 3.* Quae juris civilis sunt, ut legata, Latinis tantum verbis civium Romanorum propriis peraguntur: quae juris gentium, ut fideicommissa, omnium gentium verbis, *L. an inutilis 8. de acceptilat.*

Neque alia est ratio ejus, quod scriptum est apud Ulp. *cit. tit. 25. §. 1.* fideicommissa *non ex rigore juris civilis proficisci*, ut legata, sed ex *voluntate dari relinquentis*: unde illud non uno librorum juris loco inculcatum, voluntatem in fideicommissis intuendam servandamque, *L. a fratre 127. de leg. 1., L. fideicommissa 11. §. 19., & L. quisquis 95. de leg. 3., & L. 16. C. de fideic.* Juris civilis propria sunt subtilia, & solemnia: juris gentium aequitas, & simplicitas: hujus laxior, illius adstrictior est interpretatio: quod subjectis exemplis patebit. Legata verbis dabantur, & usque ad tempora filiorum Constantini, qui legatorum formulas sustulere, *L. 3. C. de form. subl., & L. 15. C. de testam.* non aliis, quam *pactis*, uti ea vocat Ulp. *Fragm. tit. 24. §. 11.*, h. e. conceptis; & legitimis: fideicommissa etiam nutu, *L. nutu 21. de leg. 3.* Jure gentium solus nutus fidem facit voluntatis. Legabatur tantum testamento, codicillisve confirmatis testamento, cujus pars quaedam erant; fideicommittebatur codicillis etiam non confirmatis. Gajus *Inst. Lib. 2. tit. 7. §. 8.*, Ulp. *Fragm. tit. 25. §. 8.* Solemnes scripturas civile jus requirebat: jure gentium satis est qualecumque extare indicium voluntatis. Hinc legari ante heredis institutionem non poterat, quia quum jure civili potestas testamenti ab heredis institutione inciperet, legata non instituto herede data extra testamentum, & non ex solemni scriptura data intelligebantur. Ulp. *Fragm. tit. 24. §. 15., & tit. 25. §. 8.* Post mortem heredis legatariive inutiliter legabatur, namque ab heredibus, & contra heredes incipere actiones vetus juris civilis ratio vetabat: fideicommissa vero in eum modum relicta jus gentium sola defuncti voluntate spectata tuebatur. Ulp. *tit. 24 §. 16., ac tit. 25. §. 8.*, & Trib. *Inst. de leg. §. 35.* A legatario jus non erat legari: fideicommissum vero a legatario fideicommissariove relinqui jus erat, Gajus *loc cit.*, Trib. *pr. tit. Inst. de sing. reb. per. fideic. relict.* Lex XII. Tab. patrisfam. permittebat *legare rei suae*: non videtur autem *rei suae legare* qui quod uni jam semel legavit, alteri legat ab eo. Legamus *rei nostrae*, quam aut ipsi damus, aut dare jubemus heredes, per quos dare nos ipsos civile jus fingit. Sed subtilitas illa juris civilis tanti jure gentium non erat, ut non potius intuenda servandaque videretur voluntas defuncti. Si certa species testatoris propria legabatur, ejus dominium a testatore recta via transibat ad legatarium, *L. a Titio 64. de furt.*: qua de re fuse ac distincte Aulilius noster *de leg. & fideicom. quaest. 4.*: fideicommisso autem sola possessio transferebatur, *L. qui usumfructum 4 D. si ususfr. pet.* Fideicommisso, uti juris stricti auctoritas deerat, dominium transferri civilis ratio non patiebatur, transferri possessionem, quae magis facti; & juris gentium est, non vetabat. Legatum intercedentibus inter testatorem & legatarium capitalibus, gravissimisve inimicitiis ademtum videbatur, sed *doli exceptione opposita*: fideicommissum autem ipso jure, *L. si quis ita 3. §. ult. de adim. leg.* Est hoc tribuendum simplicitati juris gentium, quod ut in dando; ita ut adimen-

mendo fideicommisso nudam spectat hominis voluntatem: illud est tribuendum subtilitati juris civilis.

CAPUT II.

LEGATORUM, ET FIDEICOMMISSORUM EXAEQUATIO.

Tandem legata & fideicommissa exaequata sunt. Quo tempore, quove auctore id factum, non liquet. Tribonianus §. 3. *Inst. de leg.* exaequationis istius auctorem facit Justinianum, cujus est *L.* 2. *C. comm. de leg.* in eam sententiam scripta. At vero Ulpianus multo antiquior Justiniano in *L.* 1. *de leg.* 1., *Per omnia*, inquit, *exaequata sunt legata fideicommissis*. Sed nova hinc enascitur dubitatio, non enim verisimile est, ita scripsisse Ulpianum, e cujus *Fragmentis* tot legatorum fideicommissorumque differentias descripsi *Capite superiore*. Mirum quantum ingenia ininterpretum torserit locus iste juris. Diversa fere omnium interpretamenta collegit Osualdus Hilligerus *Donelli enucl. Lib.* 8. *cap.* 2., & nuperrime Bynkershoekius *Obs. jur. Lib.* 7. *cap.* 18. Longum est omnia: placet tamen proferre & expendere selectiora. Id ut ordine fiat, interpretes distribuo in classes tres. Prima eos habet, qui locum illum abjudicant Ulpiano: secunda eos, qui aliquid inibi a Triboniano mutatum putant: tertia eos, qui nihil mutandum contendunt. In prima sunt sane multi, nominatim Viglius, & e recentioribus Wisenbachius. Viglius in §. 11. *Inst. de testam. ord.* persuasissimum semper habuisse se scribit, sub nomine Ulpiani Tribonianum latere. Idem novissime visum Wisenbachio in *Emblem. Trib.* Conjecturam confirmant Pandectarum editio Haloandrina, ubi nulla est ejus capitis inscriptio: Codex Bituricensis, in quo Duareno teste *Disp. lib.* 2. *cap.* 9. nomen illi inscribitur Imperatoris, non Ulpiani: quodque idem Viglius addit, audivisse se in nonnullis antiquis libris caput illud deesse; sed quoniam Tribonianus legatorum fideicommissorumque exaequationem Imperatori suo tribuit in *cit.* §. 3., & *cit. L.* 2., si eam affinxisset Ulpiano, ipse se falsi damnasset, Haloandrinam editionem, Codicem Bituricensem, aliaque, si quae sunt, manuscripta exemplaria nihil moror. In aliis omnibus libris, maxime Florentino, qui unus instar est omnium, iis verbis Ulpiani nomen inscribitur.

In secunda classe sunt A. Augustinus, & Hotomanus. A. Augustini *Emend. Lib.* 3. *cap.* 9. conjectura haec est, fortasse Ulpianum ejus sententiae exceptiones aliquot adscripsisse, quas non descripsit Constitutionis Justinianeae memor Tribonianus. Eodem redit conjectura Hotomani scribentis in *cit.* §. 3., vel tale quidpiam, quod nova Justiniani Constitutio fecit, ne describeret Tribonianus. Non longe abest Alexander Turaminus in *Disp. de exaequat leg. & fideic. cap.* 6. *num.* 7. & 11. Τὸ *per omnia* a Triboniano adjectum contendens. Longe alia conjicit Galvanus *de usufr. cap.* 14. *num.* 13. Is Ulpianum scripsisse suspicatur, *Per omnia exaequata sunt legatis fideicommissa*: Tribonianum autem scripsisse *legata fideicommissis*. Conjecturae argumenta haec sunt. Aetate Ulpiani producta jam erant a legatis ad fidei-

fideicommissa Lex Julia & Papia, *L. fideicommissum* 87. *de leg.* 3., quae est ex Lib. 4. Pauli ad L. Juliam & Papiam : Lex Aelia Sentia, *L. in fraudem* 27. *qui & quib. man.*, Lex Falcidia, *L. is cui* 31. *ad L. Falcid.* S. C. Libonianum, *L.* 1. §. 7. *ad L. Cornel. de fals.*: Edictum de legatis praestandis, *L.* 1. *D. de leg. praest.*: Interdictum quod legatorum, *L. un. C. quor. leg.*: Edictum, si cui plus quam per Legem Falcidiam, *L.* 1. §. 6. *D. si cui plus*: Edictum, ut legatorum nomine, *L.* 1. §. 10.; *& L. haec stipulatio* 4. *D. ut legat. seu fideic. serv. caus.*: Edictum ut in possessionem legatorum, *L. is cui* 5. §. 16. *&* §. 25. *ut in poss. leg.*: quibus adde S. C. de legato eorum, quae sunt aedibus juncta, *arg. L. sive scit* 42. *de leg.* 1., quae est Ulpiani *ex Lib.* 3. *fideicommissorum*, *& L. seq.*: Edictum de remissa a Praetore jurisjurandi conditione, *L. quae sub conditione* 8. §. 2. *de cond. inst.*, & Edictum si quis omissa caussa testamenti, *L. si non solus* 10. §. 1., *& L. de libertatibus* 12. *D. si quis omis. caus. test.* Erant igitur exaequata, ubi id par utilitas postulare videbatur, legatis fideicommissa, non fideicommissis legata: idque bene multa legatorum propria, quae ex ejusdem Ulpiani *Fragmentis in superius caput* congessi, luculenter confirmant: multo luculentius hoc iisdem confirmat ipsa subjecta Ulpiano materia. Est ea Lex descripta ex Ulpiani *Lib. LXVII. ad Edictum*, quo libro egisse eum de interdictis, indicio sunt inscriptiones, *L.* 1. *de interdict.*, *L.* 1. *quor. bon.*, *& L.* 1. *quod legat.*: occasionem autem ejus tractationis recte poterat dicere Ulpianus, fuisse exaequata legatis fideicommissa; nam quo tempore ea interdicta prodiere, vix ulla habebatur ratio fideicommissorum: cui consequens est, fuisse primum illa de legatis scripta, tum, ubi increbescere fideicommissa, atque exaequari legatis caeperunt, fuisse a legatis producta ad fideicommissa. Exemplo sit interdictum, *Quod legatorum*, quo cautum, *ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi*, *L.* 1. *quod legat.* Interdicti ratio duplex, alteram juris publici, quod nemo potest sibi ipse jus dicere, *cit. L.* 1. §. 2., altera juris privati, quo non potest heres cogi legata praestare nisi deducto aere alieno, & Falcidia retenta, *L. un. C. quor. legat.* Quod autem aeque pati jus publicum non poterat fideicommissarium sibi ipsum jus dicere; jamque Falcidiam ad fideicommissa rerum singularum produxerat interpretatio prudentum, ut, contra quam docere videtur Tribonianus §. 5. *Inst. de fideicom. her.*, demonstratum a nobis est in *nostris Inst. repet. praelect.*, aequissimum fuit, interdictum illud ad fideicommissa produci, *cit L. un. C. quor. leg.* Erat igitur ab Ulpiano scribendum, exaequata esse legatis fideicommissa. Quod autem aevo Justiniani vicissim fuerant legata fideicommissis exaequata, Tribonianus, paucis mutatis, Ulpiani verba ad jus sui temporis deflexit. Quod fecisse Tribonianum IV Viri isti putant, id ille fecisset pro jure suo, *L.* 2. *C. de vet. jur. enucl.*; sed nihil fuisse caussae, cur aliquid eorum faceret, quae A. Augustino, Hotomano, ac Turamino in mentem venerat, mox demonstrabo: certe vero non poterat facere, quod ab eo factum opinatur Galvanus; primum enim temporibus Ulpiani non pauca fideicommissorum propria legatis accesserant; qua de re *Parte* 2. *hujus Commentar.*, ubi de legatis tacitis: deinde non erat adeo hebes Tribonianus, ut non intelligeret, quod nemo est, qui non in-

intelligat, exaequari legata fideicommissis non posse, quia itidem fideicommissa exaequantur legatis. Res esse aequalis alteri non potest, quin sint aequales inter se, uti rectissime Duarenus in *cit. L.* 1. *de leg.* 1. Denique si alterum ab altero differre credidisset Tribonianus, utrumque expressisset in hunc modum, *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis, & fideicommissa legatis*.

In tertia classe magnus est interpretum numerus. Seligam ex eo numero unum, aut alterum. Cujacius, cui Raevardus, aliique satis multi subscribunt, *Obs. lib.* 8. *cap.* 4., pertinere inquit Ulpiani locum ad Legem Falcidiam, atque interdictum quod legatorum, quae fuere, ut modo dixi, a legatis producta ad fideicommissa. Eo autem movetur, quod is locus descriptus est ex *Lib.* 67. *ad Edictum*, quo libro Ulpianum de illo interdicto tractasse probat *L.* 1. *D. quod legat.*

Ego Ulpianum occasione interdicti *Quod legatorum* exaequationem illam meminisse non nego: ne tamen eam ad id solum referam, de quo inibi agebat, quum Τὸ *per omnia*, tum alia vetant, in quibus paria tunc temporis esse ostendi legata & fideicommissa.

Claudius Chifletius *Lib.* 2. *fideicom. cap.* 6. scribit solemne Jurisconsultis fuisse regulas concipere generali aliqua formula, quae plerosque casus comprehenderet, nec tamen excluderet exceptiones. Ita Pomponius in *L.* 1. *solut. matrim.* dotium caussam praecipuam esse inquit *semper & ubique:* quae generalis formula non excludit casus certos, quibus praecipua non est ea caussa. Cum Chifletio sensit Bynkershoekius *loc. cit.*, ubi Jurisconsultis saepe placuisse hyperbolem, multis collatis exemplis demonstrat. Ergo Τὸ *per omnia in cit. L.* 1. accipiendum est, quasi scriptum *fere per omnia*, sonatque idem atque *in plerisque*. Adverbium *fere* non raro omittitur in multis locis juris, est tamen inibi subaudiendum. *V.* §. 1. *Inst. de donat.* Atque haec ejus loci interpretatio mihi potior videtur.

Tandem legata & fideicommissa omnino exaequavit Justiniani Constitutio in *cit. L.* 2., qui verbosus, & obscurus est locus juris: Ego ei lucis aliquid adferam. *Omne verbum*, inquit Justinianus, *significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est sive directis verbis, sive precariis utatur*. Sententia haec est, voluntati testatoris quoquo modo expressae, nisi qua ei Lex obstet, parendum. Id unum est hodie necesse, ut consentanea sit Legibus: quo Τὸ *legitimum* spectat: ceterum num civilia, an precaria sint verba, quantum ad effectum juris, nihil interest. Pergit Justinianus, *Et omnia, quae naturaliter insunt legatis, & fideicommissis inhaerere intelligantur: & contra quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum: & si quid tale est quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur: & sit omnibus perfectus eventus, & ex omnibus nascantur in rem actiones, & ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales*. Τὸ *contra* non est hoc loco positum pro *e contrario*, quae frequens est ejus voculae significatio, namque verbis illis Justiniani *omnia, quae naturaliter insunt legatis, & fideicommissis inhaerere intelligantur*, contrarium non est, quod sequitur, *Et quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum*; quin recidit eodem; sed idem sonat ac vicissim: quo sensu Plautus *Amphitr. act.* 2. *sc.* 2. *v.* 28.: *Quae*, inquit

inquit, *me amat*, *quam contra amo*. *Tò naturaliter* habet meo judicio apud Justinianum peculiarem quendam significatum, cujus vix est aliud, quod sciam, in libris juris exemplum. Sexcenta sunt eorum loca, quibus *naturaliter* & *civiliter* opponuntur. Hoc civilis, illo naturalis ratio significatur. Et vero apud Justinianum *naturaliter* idem sonare ajo, ac *civiliter*, quaeque dicuntur *naturaliter inesse legatis*, ea esse, quae jure civili propria sunt legatorum: quae legatorum naturae insunt, qualem civile jus effinxit. Illud me movet, quod magis in fideicommissis, quam in legatis ratio naturalis elucet: ut proinde haec potius legatis accedere a fideicommissis debeat, quam contra. Legatorum propria sunt dominii eorum traslatio secundum quod *superiore capite* dictum est: civilis eorum praestandorum obligatio, quarum subinde meminit Justinianus, in rem hypothecaria, & in personam. In personam actio ea ipsa est, quae *ex testamento* dicitur in Pandectis, & ex quasi contractu est, §. 1. *Inst. de obl. quasi ex contract.* Ante Justinianum ea sola competebat pro legato damnationis, *L. duos* 14. *de usu & usufr. per leg.*; pro legato vindicationis, etiam in rem, *L. quod legatur* 38. *de judic.*, nam rei per damnationem legatae dominus erat heres, creditor legatarius: rei legatae per vindicationem creditor & dominus is idem, cui fuerat legata. Atque haec sunt *variae* illae *actiones*, quibus usos olim legatarios inquit Papinianus in *L. quum filius* 76. §. 8. *de leg.* 2. Post Justinianum, qui legata omnia exaequavit in *L.* 1. *C. comm. de leg.*, legatorum omnium quomodolibet relictorum creditor, itemque jure ipso dominus est legatarius, modo rem esse testatoris propriam, certumque corpus legatum ponas, quum fieri non possit, ut quod in dominio testatoris non est, a testatore transeat in legatarium, nec pati juris ratio queat, ut quantitas non sit in dominio heredis, qui eam habet, atque ut alia, quam in personam actione a legatario condicatur. Hypothecariam actionem vetus jus omnino ignoravit. Eam primus dedit Justinianus in *cit. L.* 1. omnibus hereditariis rebus tacitae hypothecae subjectis in gratiam legatariorum. Quibus Pandectarum locis scriptum est, legatarios habere pignoris caussam, iis de pignore agitur aut a testatore, aut a Magistratu constituto: sicque accipiendae sunt *L. non est* 26. *de pign. act.*, & *L. creditoribus* 4. §. 1. *de separat.* Haec omnia, quae naturae legatorum inerant jure civili, Justinianus inhaerere voluit fideicommissis. Ergo fideicommissorum dominium transfertur, & civilis est eorum praestandorum obligatio, quaeque legatario, aedem fideicommissario competunt actiones. E contrario quod amplius erat in fideicommissis, id accessit legatis. Quid autem illud sit, quod accessit, verbo uno explicatur in *cit. L.* 2., ubi fideicommissum dicitur *humanius*, unoque item verbo in *cit.* §. 3. *Inst. de leg.*, ubi natura fideicommissi *pinguior* appellatur. Ergo quae secundum simplicitatem juris gentium recepta erant in fideicommissis, ea legatis accessere, proinde hodie valent legata Graece scripta, aut post mortem heredis, legatariive, aut a legatario, aut in codicillis testamento non confirmatis relicta: porro laxiore interpretatione adjuvantur: demum nuda voluntate adimuntur ipso jure, ut fideicommissa. Num valent hodie nutu relicta? Negat Turaminus *cap.* 7. hoc argumento, quod Justinianus in *cit. L.* 2. discrimen sustulit inter verba directa & precaria, non inter verba & nutum. Affirmat Cujacius in *cit.*

cit. L. 2.*:* Et parum videt in hac re qui non affirmat ; quamvis enim Justinianus *pr. ejus L.* tantum de verbis directis , & precariis loquatur ; mox tamen verba haec subjicit , *& si quid tale est , quod non habet naturam legatorum , hoc ei ex fideicommissis accommodetur :* quibus verbis accommodari legatis etiam illud, quod de fideicommissis nutu relictis est cautum , facile cuique est intelligere . Jam de fideicommisso nutu relicto haec scripta sunt apud Paulum in *L. nutu* 21. *de leg.* 3., *Nutu etiam relinquitur fideicommissum , dummodo is nutu relinquat , qui & loqui potest , nisi superveniens morbus ei impedimento sit.* Is autem dicitur nutu relinquere, qui tacens , humerisque, aut capite adnuens relinquit , uti bene in eum locum Gothofredus . Sed intelligi non potest adnuere, qui non sit capax auditus, & non fuerit interrogatus. Apposite Marcianus in *L. servo* 65. §. *si pupillo* 3. *ad Trebell.* , *Si auditus* , inquit , *capaces sunt* , *vel* (i. e. saltem) *interrogati nutu possunt significare* . Ejus quod subjicit Ulp. *dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest* , ea est caussa quod testari mutus non poterat, *Ulp. Fragm. tit.* 20. §. 12.,cujus consequens erat , ut nec posset relinquere fideicommissum , *Ulp. Fragm. tit.* 25. §. 4. Postrema verba , *nisi superveniens morbus ei impedimento sit* , esse ne ambigas Triboniani verba locum illum accommodantis ad novam Imperatoris sui Constitutionem in *L. discretis* 10. *C. qui testam fac.* Aevo Pauli mutus sive natus , sive factus testari non poterat , ideoque nec fideicommittere : tum Justinianus ea Constitutione muto facto testamenti factionem dedit , ac proinde fideicommittendi facultatem . Ita hodie mutus relinquere fideicommissum nutu non potest , mutus factus potest . *V. Grasi. Lib. sent.* §. *legatum q.* 5. Ergo Tribonianeum illud , *nisi superveniens morbus ei impedimento sit* , idem sonat , atque hoc , *nisi sit mutus non natus , sed factus* . *V. Cujac. in L.* 6. *D. qui testam. fac.* Unum omisit Paulus , quod omnino erat subaudiendum , quodque tum fuit ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano expressum in *L.* 22. *C. de fideicom.* , puta fideicommissum relinqui adhibitis testibus , qui jure novo esse debent minimum quinque , ut in codicillis sine scripto factis secundum *L. ult.* §. *ult. C. de codicil.* Nutu nec legata relinquuntur (qua de re dictum *Parte* 1. *cap.* 2. *hujus Commentarii*) , neque instituitur heres , *L. jubemus* 29. *C. de testam.* Quod suspicatur Hotomanus *Antitribon. cap.* 7.,primum Imperatores Diocletianum & Maximianum permisisse in *cit. L.* 22. nutu relinqui fideicommissum , est omnino falsum. Non utar Pauli testimonio in *cit. L.* 21. *de leg.* 3., namque hanc ille totam Triboniano adscribit. Utar Ulpiani testimonio in *Fragmentis* , ad quod opus certe non admovit manum Tribonianus. Ejus operis *Tit.* 25. §. 3. scribit Ulpianus , *Etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est.* Postremo ait Justinianus , *Ubi autem aliquid contrarium in legatis & fideicommissis eveniat , hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur , & secundum ejus dirimatur naturam* . Finge ita scriptum , *Mevio centum do lego , heredemque meum rogo , ut quae dedi legavi , praestet* . Vides non respondere ultima primis. Verba, *Maevio centum do lego* directa sunt , & propria legatorum . Verba *heredemque meum rogo* , & quod sequitur, precaria sunt , & propria fideicommissorum. Ecquod igitur erit de ea scriptura judicium? Justinianus in re dubia

bia datum pronunciat non legatum, sed fideicommissum, quod *humanius* est legato.

CAPUT III.

VETERUM DIFFERENTIARUM VESTIGIA IN LIBRIS JURIS JUSTINIANAEI.

TRibonianus veteres differentias invita sui Imperatoris jurisprudentia operi suo adspersisse, vetus est interpretum querela. Ecce in *L. legatum* 116. *de leg.* 1. verbis Florentini sic definitur legatum, *Est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit:* & in *L. legatum* 36. *de leg.* 2. definitur verbis Modestini, *Est quaedam donatio testamento relicta*. Utraque autem definitio legata omnino separat a fideicommissis: legatum est *delibatio*, h. e deminutio *hereditatis:* quo sensu *delibatae hereditatis damnum* Gellius dixit *Noct. Attic. Lib.* 1. *cap.* 3., & contra non *delibatam hereditatem* Ambrosius *Orat in funere Satyri*, atque *illibatum quadrantem* Ulpianus in *L. si filia* 20. §. 5. *D. fam. ercisc. Delibratio*, quam vocem temere substituit Donellus, non est, quod ille putat, *librae*, i. e. hereditatis *deminutio:* quin contra *delibrare*, est *recte ponderare*, particula *de* ejus verbi significationem, ut sepe alias, augente, Ulp. *L.* 1. *depos.*, Donatus in *Terent. Adelph. IV.* 6., Festus v. *deperire*. Olim legato sola hereditas minuebatur, namque, ut dictum, ab herede solo poterat relinqui: fideicommissum vero quum ab herede, tum a legatario: quin ab herede relictum dici *delibatio*, ut legatum, non poterat; *delibatio* enim (quod scite monet Cujacius in *L.* 1. *de leg.* 1.) erat verbum directum, eoque significabatur, hereditatem legato minui ipso jure, quo rei legatae dominium a testatore in legatarium recta transibat, *L. a Titio* 64. *de furt.:* quum tamen fideicommisso tantum possessio transferretur, *L. qui usumfructum* 3. *D. si usufruct. pet.* Porro in utraque definitione *testatoris*, *ac testamenti* fit mentio, nam non alibi, quam testamento, codicillisve testamento confirmatis relinquebantur legata: fideicommissa vero etiam ab intestato: quae caussa est, cur Tribonianus §. 1. *Inst. h. t.* pro *testamento* reposuerit *a defuncto*. Ecce etiam *pr. Tit. Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* docet Tribonianus, fideicommissum relinqui a legatario posse, legatum non posse, quae vetus est differentia. Et male Giphanius differentiam istam ab Justiniano sublatam negat, quod fingi nequeat formula, qua possit a legatario legari; quid enim vetat, ne per damnationem, aut per sinendi modum legetur? Eccur non etiam per vindicationem recte potest a legatario legari? Formulam ad sua usque tempora ignotam reperit Antonius Schultingius *in Gajum Lib.* 2. *Inst. tit.* 7. §. 3., estque haec, *Titio mille do lego, & a Titio centum Sempronio do lego. Ita omne verbum* (liceat mihi repetere Justiniani verba in *cit. L.* 2.) *significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis utile atque validum erit*. Ecce demum in *L. fideicommissa* 11. *pr.*, & *in L. nutu* 21. *pr. de leg.* 3. tantum de fideicommisso scriptum est, posse non so-

solum Latina, sed & alterius cujuscumque gentis lingua, quin etiam nutu relinqui: quae novo jure Imp. Justiniani etiam de legatis recte dicuntur: contra de legato scriptum est in *L. si quis ita* 3. §. *ult. de adim. leg.*, si post testamentum capitales, vel gravissimae inimicitiae inter testatorem, & legatarium intercesserint, ademtum videri, *sed doli exceptione opposita*; quum tamen hodie legatum jure ipso ademtum intelligatur, uti non obscure inibi traditur de fideicommisso. Sunt & alia permulta veterum differentiarum vestigia, quae compendio studens praetereo.

Sed Tribonianum nota eximamus. Non sunt ista antiqui juris vestigia. Qui Tribonianum novi juris immemorem tradisse iis locis antiquum jus putant, illi unam esse jure novo legatorum fideicommissorumque naturam putant, laudantque in suam sententiam verba haec Justiniani in *L.* 1. *C. comm. de leg. Rectius igitur esse censemus omnibus tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere*, non animadvertentes, fuisse legata & fideicommissa ab Justiniano primum exaequata in *L.* 2. multo post illam scripta; nec animadvertentes, quo illa spectent. Id unum in *cit. L.* 1. propositum Justiniano fuit actiones in re atque hypothecariam legatariis & fideicommissariis dare. Ea occasione *imponere* se dixit *tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam*, unum idemque jus agendi. Ita ex ipso proposito intelligis, Justinianum *naturae* vocabulo abusum, eo significasse parem agendi potestatem, non quod Philosophi *essentiam* dicunt.

Age vero demonstremus, Constitutione Justiniani in *cit L.* 2. non fuisse confusa legatorum fideicommissorumque naturas. Et primum id multis Pandectarum, Codicis, atque Institutionum locis, & tam luculenter tradidit Tribonianus, ut verisimile non sit, tantam ei subrepsisse novae, quam ipse scripserat, constitutionis oblivionem. Separat is a fideicommissis legata in tribus Pandectarum libris: item in Titulis Pandectarum *de annuis legatis*, & *fideicommissis*, *De usu & usufructu per legatum vel fideicommissum datis*, *De adimendis vel transferendi legatis*, & *fideicommissis*, *Quando dies legatorum seu fideicommissorum servandorum caussa caveatur*: separat in Titulis 37. & 42 *Lib.* VI. *Codicis*, quorum alter de *legatis*, alter *de fideicommissis agit*; itemque in *Titulo Communia de legatis & fideicommissis*, cui ipsa nova constitutio subjicitur: demum separat in Institutionibus, quarum *Lib.* 2. duo sunt tituli, alter *De legatis*, alter trium Titulorum intervallo dissitus, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*, in cujus §. *ult.* verba fideicommissorum propria esse docet, *peto*, *rogo*, *mando*, *fidei tuae committo*. Sed luculentiora ejus rei argumenta petuntur ex ipsa *L.* 2., scriptum est ibi, *Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis*, *utile atque validum est .... sit igitur ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis*. Τὸ *vel*, cujus proprium est disjungere, satis probat, aliud esse *legare*, aliud *fideicommittere*: ac Τὸ *utile atque validum est*; itemque Τὸ *non inefficax* exaequari probant legata & fideicommissa, quantum ad effectum juris, non eorum naturas confundi: & certe non alio, quam ad effectum juris referuntur verba illa ejusdem constitutionis, *Et sit omnibus perfectus eventus*. Hoc idem confirmant haec alia verba, *omnia quae naturaliter insunt legatis*, & *fideicommissis inhaerere intelligantur: & contra quidquid fideicommittitur*, hoc

hoc intelligatur esse legatum, itemque haec, *Si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc & legatum & fideicommissum intelligatur: & si fidei heredis, vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum esse videatur*. In Libris juris *intelligi*, & *esse* opponuntur: eaque dicuntur *intelligi*, quae talia vere non sunt, sed talia esse finguntur, *L. etiamsi* 12. *de fund. dot.*, qua de re vid. Alciatum in *L.* 4. *de reb. cred.* Enimvero quid magis ridiculum, quam dicere, si scriptum sit, *Heredem meum rogo*, hoc esse legatum, aut si scriptum sit, *Heres meus damnas esto*, hoc esse fideicommissum? Sed controversiam dirimit, quod in eadem constitutione expressum est, *si quid contrarium in legatis & fideicommissis evenerit, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregari, & secundum ejus naturam dirimi*. Ecce ait Imperator, dubitari quandoque posset, num relictum ex natura legati, an ex natura fideicommissi sit aestimandum: & secundum naturam fideicommissi de eo statuendum pronunciat. Id autem, si unam penas legatorum fideicommissorumque naturam, quis est qui intelligat? Servavit igitur Justinianus, quales erant, legatorum fideicommissorumque naturas, uno tamen sive legatur, sive fideicommittatur effectu. Ita quae Pandectarum, Codicis, Institutionumque loca pertinere videntur ad jus antiquum, ea novo juri non obstant: Scriptum est iis locis, legata Graece scripta, aut a legatario relicta non valere. Haec vera erant jure antiquo; & vera sunt etiam jure novo; sed hoc tamen jure quamvis ut legata non valeant, effectu tamen valent ut fideicommissa. Contra scriptum est, fideicommissa precariis verbis relinqui, iisque dominium non transferri. Vera haec erant jure antiquo: suntque itidem vera jure novo secundum propriam fideicommissorum naturam; sed novo tamen jure quantum ad effectum perinde valent, quasi directis verbis relicta, dominiumque tranferant, quasi legata. Nunc videamus, num aliqua post Justiniani Constitutionem reliqua sit differentia inter legata & fideicommissa. Nullam voluisse reliquam facere Justinianum testis est Tribonianus §. 4. *Inst. de legat.*, superesse tamen adhuc differentiam inter libertatem directam, & fideicommissariam, putat Donellus *Comment. Lib.* 8. *cap.* 2., nam servus, cui directa libertas relinquitur, libertus est testatoris: cui fideicommissaria, ejus, qui manumittit, §. 3. *Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* Sed ad libertatem directo datam testamento codicillisve non pertinet Constitutio Justiniani, namque ea datio non est proprie legatum. Id non obscure docet Papinianus in *L. verbis* 120. *de V. S.*, ubi *Verbis*, inquit, *Legis* 12. *tabularum*, *uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur & heredis instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi*. A legatis separat libertatis dationem, constitutionemque tutelae. Legatum latissime acceptum omnes ultimas voluntates comprehendit; non omnis tamen ultima voluntas est legatum proprie acceptum. Si detur testamento tutor, est ea datio ultima voluntas, non item legatum. Quod de tutela, idem de libertate dicendum: proinde Pomponius hanc aeque ut illam separat a legato. Huc accedit, quod si datio libertatis esset legatum, hoc servo datum consisteret: quo nihil absurdius. Libero tantum homini, ac civi Romano legari jus est: legatum servo adscriptum, est pro non scripto, *L. si servo* 101. §. 1. *de leg.* 1., & *L. si eo* 4. §. 1. *de his, quae pro non scri-*

script. Atque hinc petenda est ratio, cur sint in Libris juris peculiares Tituli de usu usufructu, habitatione, operis, servitute, dote, tritico, vino oleo, instructo, vel instrumento, peculio, penu, suppellectile, alimentis, vel cibariis, auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste, & statuis legatis; nullus sit tamen titulus de libertate legata, certe non omittendus, si legari libertas potuisset, namque erat iis omnibus, quae peculiares Titulos meruerunt, longe pretiosior libertas, ac testamentis Romanorum quam saepissime relinquebatur. Non obstat Ulpianus in *L. sed si conditioni 6. §. 4. de her. inst.*, ubi de servo cum libertate instituto agens scribit, *Sed si sit cum libertate institutus, an ei libertatis datio codicillis adimi possit, apud Julianum quaeritur; Et putat, in eum casum, quo necessarius fieret, ademtionem non valere, ne a semetipso ei adimatur libertas, servus enim heres institutus a semetipso libertatem accipit, quae sententia habet rationem, nam sicuti legari sibi libertas non potest, ita nec a se adimi*, nam Τὸ *libertas* post verbum *sibi* adjectitium est, abestque a libro Florentino. Quod autem Alciatus, ac Duarenus scribunt in *L. 1. de leg. 1.* Τὸ *libertas* inibi subaudiendum, id si verum esset, non constaret sibi Ulpianus, nonne enim pugnantia sunt duo illa, *servum heredem institutum a semetipso accipere libertatem, & legari sibi libertatem non posse?* Ergo illud, *nam sicut legari sibi non potest, ita nec a se adimi*, non ad libertatem refertur, sed generalem continet regulam juris de legato heredi dato, quod adimi a semetipso non potest: eaque regula utitur Ulpianus, ut argumento a simili ducto probet libertatem servo heredi necessario datam adimi a semetipso non posse, quasi scribat, idem jus esse in libertatis datione, quod in legato. Recte quidem poterat duci argumentum ex iis, *ita nec a se adimi potest*, quae sola conveniunt libertati servo heredi datae, non ex iis *legari sibi non potest*, quae convenire libertatis dationi, vel ipsius Ulpiani judicio non possunt; sed certe propositum Ulpiano fuit argumentum ducere ab ademtione legati, nam de libertate adimenda disputabat eo loco; illam autem juris regulam in scholis jurisconsultorum protritam imprudens totam expressit. Vulgares sententias saepe nobis imprudentibus totas excidere, quamvis non omni ex parte quadrent, experti scimus. Ita videtur mihi explicari commode posse difficilis iste locus Ulpiani, ad quem tam multi interpretes frustra accesserunt. Quid quod ipsius Ulpiani testimonio probatur, libertatis dationem non esse legatum? Certi juris est heredi a semetipso inutiliter legari, nam nemo dat sibi ipse, *L. & quidem 18.*, *& L. legatum 116. §. 1. de leg. 1.*, quas pulchre explicat Cujacius *comm. in cit. L. 18.*, servo autem heredi instituto libertas Ulpiano teste utiliter datur. Multo minus obstat Justinianus in *L. 2. C. de communi servo manumiss.*, ubi unum ex dominis communi servo *partem* suam *legasse* ponit, itemque ultimam voluntatem mox vocat *legatum*; namque aliud est servo *legare libertatem*, quae loquutio nusquam exstat in Libris juris, aliud servo *partem legare*, *quam in eo habet*. Priore casu legatarius est ipse servus; quod a jure civili prorsus abhorret: posteriore legatarius est alter dominus, ex cujus persona legatur servo. Et vero olim pars ejus, qui legaverat, socio adcrescebat. Sed Justinianus libertati favens jure illo adcre-

crescendi sublato servum liberum fieri jussit, aestimationemque partis socio inferri, *cit L. 2., & §. 6. Inst. de donat.*

CAPUT IV.

LEGATI PARTITIONIS, & FIDEICOMMISSI UNIVERSALIS COLLATIO.

Fideicommissum esse aut rerum singularum, aut universitatis, h. e. hereditatis, vel ipsi Justinianaei sat norunt. Contra nullum est legatum universitatis. Hanc autem differentiam non sustulit Justiniani Constitutio in *cit. L. 2.*, quam non pertinere ad fideicommissa hereditatis, exploratissimum est.

Sed est species legati, quae *partitio* dicitur. Ejus meminere Ulpianus *Fragm. Tit. 24. §. 25.*, ac Tribonianus *§. 5. Inst. de fideicom. her.*, & miror non meminisse Brissonium de V. S. Nomen ex eo factum, quod jubetur heres hereditatem partiri cum alio, qui proinde legatarius *partiarius* appellatur, *cit. §. 5.* Formulam habes apud *Ulp. loc. cit, Heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito.* Legatum id genus proxime abest a fideicommisso universitatis, nam pars hereditatis legatur, quae mihi videtur fuisse caussa, cur de istius legati vi disputarint veteres Jurisconsulti. (Disputationis indicio est verbum *placet* apud Ulp. in *L. mulier 22. §. ult. ad S. C. Trebell., Legari posse etiam portionem hereditatis, placet nobis*) Et vero legata inde usque a temporibus Legum XII. Tab. inter singulares adquirendi caussas fuerant, quarum numero sunt adhuc: pugnantia autem sunt, legatum esse singularem adquirendi caussam, & legari posse hereditatem, quae jus est succedendi in universum. Sed post quam aliud placuit Jurisconsultis (rationem, cur aliud placuerit, mox subjiciam), videtur legatarius iste loco heredis esse: proinde hereditaria onera subit pro rata. *Si cui certam partem hereditatis legavero*, verba sunt Pauli in *L. si quis servum 8. §. 5. de leg. 2., Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensae deducerentur.* Pretia manumissorum, impensasque funeris exempli tantum caussa meminit Paulus, non ut inde conficias, si quid aliud est aes alienum, deduci: quod juris ratio non patitur. Quin ex eo, quod manumissorum pretia, funerisque impensae non deducuntur, intelligere potius debes, multo minus deduci aes alienum posse; namque illa aes alienum proprie non sunt sed loco sunt aeris alieni: quae fortasse ratio fecit, ut de eorum deductione dubitaretur: litemque dirimi opus fuerit rescripto Hadriani. De legato partis bonorum contra scribit Modestinus in *L. 9. eod., Quum autem pars bonorum ita legatur, Bonorum meorum quae sunt, quum moriar, dos, & manumissorum pretia e medio deducenda sunt*: quod itidem non perinde accipiendum, quasi si quid aliud est aes alienum, non debeat deduci; nam bona jurisconsultis dicuntur, quae deducto aere alieno supersunt, *L. subsignatum 39. §. 1. de V. S.* Hic mihi temperare non possum, quin duos magnos interpretes juris A. Fabrum, & conterraneum nostrum Dominicum Au-

Aulisium manifesti erroris accusem. Faber *Conject. Lib.* 18. *cap.* 18., eum cui pars hereditatis legatur, onera hereditaria subire negat, rescriptumque D. Hadriani de aere alieno non deducendo prodiisse putat, non ut illud pro parte legata incumberet legatario, quod creditum vulgo, sed ut eo legatarius relevaretur: ideo autem non deduci, quia potestate juris totum transfertur in heredem, a quo separari non potest. Nae is vim facit verbis Pauli. *Non deduci* idem est ac non detrahi: quae vulgaris est ejus verbis significatio; certe vero refertur id verbum ad partem hereditatis, quam Paulus ibi legatam ponit, non ad heredem de quo non loquitur. Aulisius *de leg. & fideic. quaest.* 6. Modestini locum de bonorum parte legata interpretatur in hunc modum. Fingis, inquit, Titius reliquit mille & partem bonorum legavit Sempronio: utique Sempronius quincenta accipiet sine oneribus, quibus omnibus obnoxia erunt alia quincenta, quae ad heredem pertinent. Quid absurdius? Obstat τὸ *e medio*, h. e. ex re communi: *ferre ex medio* ait Pomp. in *L. adeo* 59. §. *ult. D. pro soc.*, & *in medium conferre* Julianus in *L. aditio* 45. §. 2. *de adq. her.* Aes alienum *e medio*, h. e. ex tota hereditate deducendum est: tum dimidium ejus, quod superest, legatario praestandum. Id expressim docet Paulus in *cit. L.* 39. §. 1. *de V. S.*, *Bona intelliguntur, quae deducto aere alieno supersunt*. Multo magis obstat voluntas testatoris. Qui dimidiam bonorum alicui legat, alteram dimidiam reservat heredi. Quod si onera omnia hereditaria uni incumberent parti heredis, hic minus dimidia, legatarius plus dimidia contra votum testatoris haberet. Vides, quod differat inter legatum partis bonorum, & legatum partis hereditatis. Effectu vix differunt. Sive pars hereditatis, sive pars bonorum legetur, aeris alieni onus legatarium sequitur. Legata parte hereditatis, legatarius creditoribus respondet pro rata: legata parte bonorum heres unus respondet creditoribus: respondet etiam quodammodo legatarius, cujus pars deductione aeris alieni decrescit commodo heredis; unde ab antiquis juris interpretibus rectissime scriptum (nec quidquam est caussae, cur eos rideat Faber) duo illa legata verbis potius, quam re differe. Sed verborum proprietatem servemus exemplo veterum jurisconsultorum, legatumque illud, quo pars hereditatis, non quo pars bonorum transfertur, *partitionem* dicamus; non enim ex arte juris loquutus est Cicero pro *Caecin. cap.* 4., ubi, *Marcus*, inquit, *adolescens mortuus est: heredem Caesennium fecit: matri bonorum partem majorem legavit*: tum legatum illud *partitionem* appellat: nec parcendum Triboniano, qui in *cit* §. 5. legatarium *partiarium* esse scripsit, cui pars *bonorum* legabatur. Latere eum non poterat, aes alienum hereditatis onus esse, non bonorum, nisi quum agitur de *bonorum possessoribus*, quos *in omnibus vice heredum haberi* ait Ulp. in *L.* 2. *D. de bon. possession.*

His praestructis venio ad legati partitionis, fideicommissique universitatis collationem. Ego quamvis parte hereditatis legata aes alienum non deducatur, legatarium *partiarium* omnino legatarium esse, non quasi heredem ajo. Moveor Ulpiani loco in *cit. L.* 22. §. *ult. ad Trebell.*, *Si cui portio hereditatis fuerit legata, rogatusque fuerit hanc partem restituere; dubio procul non fiet restitutio ex Senatusconsulto* (Pegasiano); *ideoque nec quarta reti-*

retinetur. Si is quasi heres esset, ex eo S. C. restitueretur portio, retenta quarta. Quod autem is oneribus hereditariis obstringitur pro rata, id non istam caussam habet, quod legatum ei datum, sit legatum universitatis, isque quasi heres; namque onera subit non ex natura legati, sed ex accidenti, h. e. vi stipulationum partis & pro parte, de quibus Paulus *Lib. 4. sent.* §. 3., Ulp. *Tit.* 25. *Fragm.* §. 15., Trib. §. 6. *de fideicom. her.* Nunc se se exerit ratio, cur *placuerit* Jurisconsultis, *posse etiam portionem hereditatis legari*. Eos inductis stipulationibus partis & pro parte legatum partitionis admisisse credo, alias non admissuros.

Ita se rem habuisse jure veteri, quo stipulationes illae interponebantur inquit Cujacius in *cit. L.* §. *ult.*, hodie tamen ex constitutione Justiniani secus se rem habere. Est ea constitutio non alibi, quam in §. 8. *Inst. de fideic. her.*; sustulit ibi Justinianus stipulationes partis, & pro parte inter heredem, & fideicommissarium interponi solitas, quae non aliae erant, quam quae inter heredem, & legatarium partiarium interponebantur: actionesque voluit in fideicommissarium transire ipso jure. Haec eadem producit Cujacius ad legatarium partiarium, huncque aeque ut fideicommissarium loco heredis habet, atque oneribus hereditariis subjicit ipso jure. Hoc idem Rogerio, aliisque multis Cujacio antiquioribus placuerat, & non paucis hodie placet. Hoc autem est, quod displicet Fabro, (ut quae alia Faber habet, compendio studens omittam) nec mihi unquam sedebit; nam Justiniani constitutio tantum de fideicommissariis hereditatibus egit, eamque ad legata partis hereditatis producere, nimis projectae audaciae est. Ego igitur post sublatas stipulationes partis & pro parte, ne utiles quidem actiones in legatarium partiarium transire puto, heredemque solum creditoribus teneri. Quod vero ita teneretur heres supra quam voluit testator, qui partem legavit hereditatis, non bonorum; ego (fremant, quantum volunt Interpretes) ita de hac re statuendum reor, posse heredem aut agere cum legatario secundum voluntatem testatoris: cujus actionis caussa non alia, quam bonum & aequum, de quo genere actionum *Vid. a nobis tradita in Inst. repetit. praelect. tom.* 2., aut remedio uti stipulationum, quas inter heredem, & fideicommissarium interponi vetuit Justinianus, non inter heredem, & legatarium partiarium. Et est sane leve, quod posset reponi, Tribonianum in *cit.* §. 5. de stipulationibus inter heredem & legatarium partiarium loqui tanquam de re, quae jam exoleverat post novam Imperatoris sui constitutionem; ait enim, *Quae solebant stipulationes inter heredem, & partiarium legatarium interponi*, nam de ista partitione ibidem loquitur in eundem modum, *Quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem*: & tamen post constitutionem Justiniani speciem illam legati stetisse, non ambigitur. Quod si obfirmato adhuc animo contendas Justinianum stipulationes istas etiam inter heredem, & legatarium partiarium sustulisse, tentari illud posset, legatum partis *hereditatis* ita esse interpretandum, quasi sit pars *bonorum* legata: cui consequens est, ut aes alienum e medio deducatur. Ita testatorem dicemus vocabulo *hereditatis* abusum: sicque ejus voluntas salva jurisprudentia exitum habebit. Quid quod posset etiam haud inepte dici, testatorem fuisse vocabulo *legandi* abusum, legatumque illud

S vice

vice fideicommissi universitatis haberi. Vide quam sit ad id appositus Justiniani locus in *L. 2. C. comm. de leg. & fideic.*, *ubi aliquid contrarium in legatis & fideicommissis evenit, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, & secundum ejus dirimatur naturam*. In legato hereditatis certe *aliquid contrarium evenit*. Qui legati atque hereditatis naturam probe novit, facile intelligit, hereditati legatum adversari, legato hereditatem. Igitur auctore Justiniano legatum hereditatis *fideicommisso aggregandum*. Plures ego conjecturas effudi, quas aliorum judicio lubens permitto. Ego postremam habeo potiorem. Atque ex hac ipsa conjectura dijudicandum de eo, quod Aulisius scribit, si quis interdicta detractione Falcidiae (quod testatori permissum est hodie facere, *Nov. 1. cap. 2. §. 2.*) hereditatem totam exhauriat uno legato, hoc demum esse legatum universitatis. Quid ni legatum id genus *fideicommisso aggregemus*?

CAPUT V.

LEGATI, ET FIDEICOMMISSI DEFINITIONES.

Ex hactenus disputatis facile est conficere quid sit legatum, quid fideicommissum. Legati definitiones tres sunt, uti dixi, in Libris juris, una Florentini in *L. legatum 116. de leg. 1.*, altera Modestini in *L. legatum 36. de leg. 2.*, tertia Triboniani in *§. 1. inst. eod. tit.* Ego tibi optionem facio ut eligas, quam velis; quoniam enim jure novo Imp. Justiniani nihil de veteri legatorum natura decessit, Florentini & Modestini definitiones retineri novo etiam jure possunt. Fideicommissi definitio nulla est, quantum scio, in corpore juris Justinianaei. In Fragmentis Ulpiani (quod opus extra illud corpus vagatur) definitur fideicommissum. *Tit. 25. §. 1.*, sed est ea definitio, ut sunt plerumque definitiones Jurisconsultorum, manca & imperfecta. Perfectae legati, & fideicommissi definitiones meo judicio sunt hae. Legatum est donatio quaedam rei singularis tantum verbis, & quidem directis relicta testamento, codicillisve testamento confirmatis ab herede praestanda. In τὸ *quaedam*, atque in τὸ *ab herede praestanda* scripsi nonnulla in *meis Inst. repet. praelect.*: fideicommissum est res singularis, hereditasve precariis verbis, aut etiam nutu ab herede, legatario, fideicommissariove relicta testamento, codicillisve etiam non confirmatis. Fideicommissum, si proprie loqui amamus, non est *donatio*. Verbum *dono* est directum, propriumque legati, *L. Aurelius 28. §. Titius 2. de liberat. legat.*, ubi, qui legat, *dono*, inquit. Ita eo loco legendum ex fide Codicis Florentini, non, ut vulgati libri habent, *do*. Vide Cujac. in *L. legatum 3. de leg. 2.* Verba ab *herede praestanda* non conveniunt fideicommisso, quod interdum a legatario, aut fideicommissario praestatur. De fideicommisso in contractu, quod non dicitur *relinqui* (hoc enim verbum proprium est ultimarum voluntatum *L. 2. C. de nat. Lib.*), dicam inferius.

COM-

COMMENTARII

PARS II.

DE MODIS, QUIBUS LEGATA ET FIDEICOMMISSA RELINQUUNTUR.

LEgata & fideicommissa sunt aut expressa, aut tacita. Tacitum dico hoc loco non quod fit in fraudem, quo sensu *tacita fideicommissa* olim dicta, sed quod opponitur expresso. Ita *tacita pactio* quandoque est pactio in fraudem facta, *L. nihil* 50. §. *sed nunquid* 2. *de bon. libert.*, quandoque ea, quae verbis non est expressa, *L. quamvis* 3. *C. in quib. caussis pign.* Sed *taciti*, quod expresso opponitur, duplex est notio, aut enim id eo vocabulo significamus, quod verbis omnino deficientibus potestate juris inest rei, qualis est *tacita* bonorum hereditariorum pro legatis hypotheca, quam *nullo etiam verbo praecedente ab ipsa Lege induci* ait Justinianus in *L.* 1. *C. comm. de leg. & fideic.*, aut id, quod adhibitis verbis quibusdam, sed iis tamen minus proprie ac diserte hominis animum significantibus conjectando intelligimus: quale est, quod *tacite cautum* dicitur in *L. his solis* 7. *C. de revoc. donat.* Posteriore hoc sensu legata & fideicommissa tacita expressis oppono. Legatum fideicommissumve jure ipso sine verbis induci non potest. Ergo legata & fideicommissa *expressa* ea sunt, quae propriis legatorum, fideicommissorumve verbis relinquuntur: *tacita* sunt ea, quae verbis, & conjectura inducuntur.

CAPUT I.

VERBA LEGATORUM PROPRIA.

PRopria legatorum verba erant olim diversa inter se pro diversis legatorum generibus: haec autem erant numero quatuor per *vindicationem*, per *damnationem*, *sinendi modo*, & per *praeceptionem*. Legabatur per vindicationem in hunc modum, *Do*, *lego* (cujus formulae hae sunt notae apud Magnonem *D. L.*), *capito*, *sumito*, *habeto* (*Ulp. Fragm. tit.* 24. §. 3.), *illam rem tibi praesume*, *habe*, *vindica*. Gajus *Inst. Lib.* 2. *tit.* 5. §. 1. Hinc *sume* verbum esse Jurisconsultorum Servius scribit in *Lib.* 5. *Aeneid. v.* 533. Per damnationem legabatur his verbis, *Heres meus dare damnas esto* (quod sonant notae illae apud Putschium p. 1671. *D. D. E.*), *dato*, *facito*: *heredem meum dare jubeo*. *Ulp. Fragm. tit.* 24. §. 4. *Damnas* auctore Servio in *Lib.* 12. *Aeneid. v.* 727. idem est quod *damnatus*, syllaba per syncopen de medio sublata. Verbum est juris quum in legatis, tum in Legibus, senatusve consultis saepe usurpatum. *Brisson. de V. S.*, *Popma de usu antiq. loq. lib.* 1. *c.* 7. Sinendi modo sic legabatur, *Heres*

meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem, sibique habere, (*Ulp. cit. tit.* 24. §. 5.): *Ille heres meus rem illam permitte praesumere*, *& sibi habere*. Gajus *Inst. lib.* 2. *tit.* 5. §. 9. Demum praeceptionis formula erat, *L. Titius illam rem praecipito* (*Ulp. cit. tit.* 24. §. 6.); vel *praecipito*, *sumito*, *sibique habeto*: quo pertinent notae illae apud Magnonem P. S. T. Q. H. Postremo hoc modo legabatur uni heredum, quem aliquid de medio sumere, sibique habere praeter hereditariam portionem testator jubebat. Sed Tò *praecipere* ad testatorem aeque, atque ad heredem referebatur. Praecipiebat heres, quod *ante*, ut Festus loquitur, *capiebat*, habebatque sibi *praecipuum*, seu *praecipui titulo*: quae sunt itidem verba juris. Scaevola in *L. ult. pr. de leg.* 2. Sidonius *epist. Lib.* 6. *ep.* 12. Apud eundem Scaevolam in *L. his verbis* 102. §. 2. *de leg.* 3. etiam testator *militiam praecipit*, i. e. per praeceptionem dat, seu praelegat. Ut formulis, ita actionibus, ac rebus ipsis, quae legabantur, quatuor illa legatorum genera differebant inter se, ac periculosum erat in formulis peccare. Differentias XVI. congessit Merillius *Obs. lib.* 6. *c.* 32., addidit & alias A. Schultingius in *Ulp. Fragm. tit.* 24. §. 2. Caepit aliquid de veteris juris adsperite remitti post S. C. Neronianum, de quo *Ulp. cit.* §. 2. Tandem *Constitutionibus divorum Principum solemnitas verborum penitus sublata est*, inquit Trib. §. 2. *Inst. de leg.* Principes isti sunt Constantinus, Constantius, & Constans Constantini M. filii, quorum Constitutiones sunt *L.* 3. *C. de form. subl.*, *L.* 15. *C. de testament.* (de cujus tamen auctore ambigi videtur posse, namque inscriptioni vix congruit subscriptio), *& L.* 21. *de leg.* Quod vero novae istae Leges solemnia quidem verba sustulerunt, non differentias actionum, Justinianus in *L.* 1. *comm. de leg.* unam fecit legatorum omnium naturam, deditque pro obtinendis iis quoquo modo relictis actiones tres, de quibus jam dictum. Porro ante Justinianum sola in personam actio competebat pro legato damnationis, *L. duos* 14. *de usu*, *& usufr. leg.*, pro legato autem vindicationis etiam actio in rem, *L. quod legatur* 38. *de judic.*, nam rei per damnationem legatae dominus erat heres, creditor legatarius: rei legatae per vindicationem creditor & dominus is idem, cui fuerat legata. Post Justinianum legatorum omnium quomodolibet relictorum creditor, itemque jure ipso dominus est legatarius, modo rem esse testatoris propriam, certumque corpus legatum ponas; quum fieri non possit, ut quod in dominio testatoris non est, a testatore transeat in legatarium: nec pati juris ratio queat, ut quantitas non sit in dominio heredis, qui eam debet, atque ut alia, quam in personam actione a legatario condicatur. Ita legata omnia exaequata sunt. Sed est, cur Triboniano irascaris, qui non pauca veterum differentiarum vestigia in Pandectis reliquit. Vide Wissenbachium in *cit. L.* 1. *C. comm. de leg.* Quod autem vel post exaequationem legatorum, fideicommissorumque suam legata retinuerunt naturam, uti a nobis abunde demonstratum, hinc sequitur, etiam hodie legatorum verba *imperativa*, aut *directa* esse oportere. Proprie imperativa sunt haec, *capito*, *sumito*, *habeto*, aliaque his similia. Et fortasse imperativis tantum verbis principio utiliter legatum: deinde Prudentum interpretatione inductum, ut satis esset directa verba adhiberi, h. e. verba *immediatam*, quam dicunt, dationem significantia, qualia sunt *do*,

do, *lego*, *dono*, *L. si ita scriptum* 45., *& L. si scripsisset* 46. *de leg.* 2., *& L. Aurelius* 28. §. *Titius Sejo* 2. *de liberat. leg.*

CAPUT II.

VERBA FIDEICOMMISSORUM PROPRIA.

VErba fideicommissorum in usu haec esse ait Ulpianus *Fragm. tit.* 25. §. 2., *fideicommitto*, *peto*, *volo dari*. His addit Trib. *Inst. de fideicom. her.* §. 4. *rogo*, & *mando*. Hoc aeque, ut illud precarium verbum est: unde *Virg. Lib.* 6. *Aeneid.*, *orans mandata dabat*: quo pertinet non ignobilis illa Isidori conjectura *Orig. Lib.* 4. *cap.* 24., mandatum inde dictum, quod olim in negotio committendo alter alteri daret manum, quae fuit semper fidei sacra. Hinc in *Plauti Captiv. Act.* 2. *sc.* 3. Tyndaro ita roganti, *Haec per dexteram tuam te dextera retinens manu obsecro*, respondet Philocrates, *Mandavisti satis*. Eadem vis est verbi *injungo*. Paul. *Lib.* 4. *sent. tit.* 1. §. 6. Fideicommissi verba sunt itidem haec, *Cupio des*, *opto des*, *Exigo*, *desidero uti des*, *Volo hereditatem meam Titii esse*, *L. ex eo modo* 118. *de leg.* 1. Ad haec fideicommissorum formulae sunt hae, *sufficiunt tibi vineae*, *vel fundus*: *Contentus esto illa re*, *L. fideicommissa* 11. §. *si quis* 4. *de leg.* 3. Verba *impero*, & *jubeo* media verba sunt, h. e. quum imperativa, tum precaria. Verbum *jubeo* directum est apud Scaevolam in *L. Lucius* 88. §. *quisquis* 3. *de leg.* 2., ubi ea formula *liberum esse jubeo* dicitur servus *testamento manumissus*: qua phrasi directa libertas significatur, *arg.* §. *pen. Inst. de sign. reb. per fideic. relict.*, itemque apud Justinianum in *L.* 2. *C. comm. de leg. & fideicom.* Quin idem dicendum sit de verbo *impero*, non dubitabit, qui vim ejus verbi perpendet. Contra precarium est verbum jubeo, sonatque idem quod *desidero*, *volo* in *L. Aurelius* 28. §. 13. *D. de liber. leg.*: quo spectant formulae illae Latinorum, *Jubeo salvere*, *Bonum animum habere jubeo*. *Vide Donatum in Andr. act.* 3. *Sc.* 3., *Voss. Rhet. Lib.* 9. *cap.* 10., *& Cujac. Lib.* 2. *obs. cap.* 25. Forte eodem spectat Horatii locus *Lib.* 2. *ep.* 2. *v.* 63., in quem *vide Chiflet. de successión. cap.* 8. Ita verbum *impero* precariis adnumerat Paulus *cit.* §. 6., ubi non *impetro*, ut vulgo perperam, sed *impero* legendum est. *Vide Alciat. Parerg. Lib.* 7. *cap.* 13., qui ex eo Pauli loco pulchre explicat locum Alfeni in *L. medicus* 26. *de oper. libert.* Medium quoque videtur verbum *relinquo*. In *L. Lucius Titius* 78. §. *filiam* 8. *ad Trebell.* precarium est. In *L. Sejae* 20. §. *Tyrannae* 7. verbum est *directum*: ac praecise negat Paulus *Lib.* 4. *sent. tit.* 1. §. 6. verbum esse fideicommissi. Proprie directum verbum est. Quae caussa sit cur in *cit. L.* 78. §. 8. vim habeat verbi precarii, ex ipso verborum contextu cognosces. Testatoris verba haec erant; *Lucio Titio fratris mei filio genero meo ducentos aureos relinquo, quo legato scio illum contentum esse*. Scaevola ducentos istos aureos fideicommissi nomine deberi genero respondit. Verbo *relinquo* adnectuntur haec, *quo legato scio illum contentum esse*: quae verba sunt fideicommissi, illudque precarium faciunt. Nec me movet τὸ *legato*, quod ver-

verbum esse opinor testatoris jus ignorantis, non Scaevolae, qui ex facto consultus verba, uti erant testamento scripta, retinuit; nisi malis dicere, Scaevolam *legati* vocabulo abusum: quod a Jurisconsultis quandoque factum, *L. saepe* 16. *de leg.* 3. Huc etiam facit *L. ita* 43. §. 1. *de leg.* 2. Generaliter de verbis istis mediis ita statuunt optimi quique interpretes juris, explicanda omnino esse ex conjectura voluntatis: cujus rei argumento est alter locus Scaevolae in *L. Sejae* 20. §. 1. *de instruct. vel instrum. leg.*, ubi verba *do lego*, vi sua certe directa, ex conjectura voluntatis verba sunt fideicommissi.

Interdum, quo sanctius esset fideicommissum, precibus addita *jurisjurandi religio*, uti Papinianus loquitur in *L. quum pater* 77. §. 23. *de leg.* 2., h. e. obsecratio per Deum, *L. non intelligitur* 3. *pr. de jur. fisc.*, aut obtestatio *per salutem Principis*, §. 1. *inst. de fideicom. her.* Obtestabantur, jurabantque Romani per *Genium Principis*, quae formula est apud Ulpianum *in L. si duo* 13. §. 6. *de jurejur.* Christiani, quod Genii Daemones essent, non per Genios Caesarum jurabant, sed *per salutem* eorum, *quae est augustior omnibus Geniis* inquit Tertullianus *Apolog. c.* 32. Hinc solemne persequutoribus fuit ea formula Christianum impetere, *Tantum jura per Genium Caesaris*, *Euseb. cap.* 4. *Hist. Lib.* 15.; atque hinc in *L.* 2. *C. de reb. cred.* Alexandrum Imp. ethnicum scripsisse, *per Principis Genium*, Tribonianum vero substituisse *per Principis venerationem*, qua etiam formula utebantur Christiani, suspicatur Giphanius in *cit. L.* 2. Sed vix est, ut Giphanio subscribat, qui est in antiquitate vel mediocriter versatus. Gentes *per Genium* aeque, ac *per salutem* Principis adjurabant, jurabantque. Do hujus rei testes Ulpianum in *cit. L.* 13., & Plinium *Lib.* 10. *ep.* 17., ut probabile sit, juratum, adjuratumque ab eis facile etiam *per Principis venerationem*, uti adjuratum *per aeternitatem Principis* testatur Plinius *loc. cit.* De testatore, qui heredem Graece fuerat obtestatus per Deum, deque lite inde enata, num fideicommissum, an legatum relictum intelligeretur, vide *L.* 2. *C. comm. de leg.*, in eamque Cujacium, qui ex Haloandrinae editionis, aliorumque manuscriptorum auctoritate Graecum verbum restituit. Sed advocatos studio partium abreptos nihil est cur moremur. Obtestationibus istis fideicommissa induci, non est ambigendum. Et mirum quanta eorum vis fuerit in fideicommissis. Id intelliges ex verbis Papiniani in *cit.* §. 23., *Filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione praestari rogaverat: quum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa, respondi, nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur.*

Verbis fideicommissi accensent vulgo verba, quae dictitant *enunciativa*, dum tamen ad gravatum dirigantur, spectentque futurum eventum: ut si scriptum sit, *Non dubito*, aut *certus sum*, aut *scio te redditurum*. Contra Faber *Lib.* 14. *conject. cap.* 2. spei & fiduciae verba esse ait, non fideicommissi. Multa sunt juris loca, quibus vulgaris illa sententia innititur: sed non leve est argumentum, quo Faber movetur, nihil esse in jure exploratius, quam induci fideicommissum verbis precariis, qualia certe non sunt verba mere *enunciativa*: nec levia sunt, quae interpretibus contra disputan-

spumantibus reponit. Digna est igitur res ista, quae serio seduloque expendatur.

Papinianus in *L. unum ex familia* 67. §. *item* 10. *de leg.* 2. scribit *Item Marcus Imperator rescripsit, verba, quibus testator ita caverat, non dubitare se, quodcumque uxor ejus caepisset, liberis suis reddituram, pro fideicommissa accipienda: quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum, decipiat patrem, qui melius de matre praesumserat: & ideo Princeps providentissimus, quum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum*. Ecce, ajunt vulgo interpretes, verba *Non dubito te redditurum* Imp. Marcus pro fideicommisso accepit. Ecce, ait Faber, animadvertisse Imperatorem scribit Papinianus *fideicommissa verba cessare*: eum autem sermonem pro fideicommisso accepisse ea ratione, *ne honor bene transacti matrimonii, fides etiam communionum liberorum deciperet patrem, qui melius de matre praesumserat*, quae verba perinde sunt accipienda, quasi Papinianus scripsisset, voluisse quidem maritum bona per fideicommissum liberis relinquere ab uxore, non tamen reliquisse, quum ut honorem bene transacto cum ea matrimonio haberet, h. e. ut quum posset verbis fideicommissi bonorum reddendorum necessitatem imponere uxori, uxorem bene conceptae de ea spei argumento honoraret, tum ut communibus liberis ostenderet, debere eos sibi a matre quam optime sperare: indignum autem esse, maritum, patremque ea spe decipi: Ecquis non videt, rescripti rationem tam propriam peculiaremque esse ejus casus, qui ex facto incidit, ut produci ad alios non possit? Imo quis non intelligit, si rescriptum Imperatoris deficeret, neminem futurum, qui eum sermonem acciperet pro fideicommisso? Verbis fideicommissi cessantibus, uti cessabant certe eo casu, fideicommissum inducere Principis est, non jurisconsulti. His rationibus motus Faber rescriptum illud non ad alium produci casum permittit, quam ad enm, in quo omnia sunt paria: paria sunt autem omnia, si uxor marito herede scripto non dubitare se dicat, quodcumque maritus ejus caepisset, liberis redditurum; nam si liberis non redderet, honor bene transacti matrimonii, & fides etiam communium liberorum deciperet matrem. Est & alter casus, ad quem Marci rescriptum produxit Scaevola in *L. Pamphila* 39. *pr. de leg.* 3. Sed de eo mox.

Porro apud Scaevolam in *L. alumnae* 30. *de adim. leg.* scriptum est, *Alumnae suae plura legaverat, quaedam ex his abstulit, quaedam ut praestarentur, ab herede suo petiit, in quibus viginti dari voluit his verbis: Hoc amplius do lega, darique volo viginti auri libras: & adjecit, fideique tuae, Atti, committo, ut in primis Semproniam sororem tuam pro tua pietate & regere & tueri velis: &, si putaveris eam ad bonam vitae consuetudinem reversam, ita viginti auri libras ei reddere, cum morieris: interim tamen reditus ejus, id est usuras semisses, ei praestet: postea codicillis ad Maevium legatarium easdem viginti libras auri transtulit, & fidei ejus commisit in haec verba. Viginti libras auri, quas testamento Semproniae alumnae meae reliqui, eas dari volo Maevio, cautionibus interpositis, ut ea summa eidem Semproniae, quamdiu advixerit, praestet menstruos denarios quinque, & vestiarii nomine denarios centenos vicenos quinos, idque fidei vestrae committo; certa sum autem,* te,

te, Maevi, pro tua pietate petiturum ab herede tuo, ut voluntas mea in persona alumnae meae duret. Quaesitum est, an Maevius legatarius cogendus sit post mortem suam viginti libras auri Semproniae restituere, sicut rogatus fuerat Attius heres, respondit, secundum ea, quae proponerentur, viginti quidem auri libras non cogendum praestare: sed alia, quae ab eo alumnae relicta sunt, deberi & a Maevio, & ab herede ejus, donec vivit alumna. Ecce ajunt vulgo interpretes, verba *Certa sum, te petiturum &c.* continent fideicommissum. Contra Faber Scaevolam inquit fideicommissum conjecisse non ex verbis, *certa sum te petiturum*, sed ex iis, quae praeeunt, *cautionibus interpositis, ut ex ea summa eidem Semproniae, quandiu advixerit praestet menstruos denarios quinque: & vestiarii nomine denarios centenos vicenos quinos, idque fidei vestrae committo.* Et vero denarii quini menstrui, & denarii centeni viceni quini debebantur ex fideicommisso Semproniae, dum viveret. Quod Maevius viva Sempronia moreretur, id non poterat facere, ne deberentur. Onus Maevio impositum mortuo Maevio incumbebat hereditati: nec erat necesse Maevium ab herede petere, ut eam summam Semproniae praestaret. Verba, *certa sum, te petiturum* novum faciebant enixae erga alumnam voluntatis indicium, nullam novam necessitatem imponebant.

Ad haec scribit idem Scaevola in *L. Titia 19. §. 1. de ann. leg.*, *Qui Marco homini docto certa annua praestabat, testamento cavit, Domina sanctissima, scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verumtamen & Marco dari octingenta. Quaesitum est, an Marcus, praestitiis sibi ex caussa legati octingentis, annua quoque consequi debeat. Respondit, nihil proponi, cur non secundum ea, quae in consultatione collata essent, debeantur.* Ecce ajunt vulgo interpretes, verbis illis *scio te curaturam* rogata uxor intelligitur certa annua Marco praestare. Contra Faber fideicommissum a Scevola conjectum contendit ex iis, quae continuo sequuntur *Verumtamen & Marco dari octingenta*, ubi ad sententiam perficiendam est omnino subaudiendum verbum *volo*, quod precarium est, ac vi particulae *&*, quae idem sonat atque *etiam*, seu *hoc amplius*, ad annua itidem refertur. Interpretationem hanc suam, confirmat Faber alio ejusdem Scaevolae loco in *L. Pamphilo 39. pr. de leg. 3.*, *Pamphilo liberto hoc amplius, quam codicillis reliqui, dari volo centum: scio, omnia quae tibi Pamphilo relinquo ad filios meos perventura, quum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeo, quaero, an verbis suprascriptis Pamphili fidei commisit, ut post mortem filiis defuncti centum restituat: Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non videri quidem, quantum ad verba testatoris pertinet, fideicommissum Pamphili, ut centum restitueret.* Ecce negat praecise Scaevola verba esse fideicommissi, *Scio, omnia, quae tibi relinquo, ad filios meos perventura*. Sed nonne obstat Fabro, quod sequitur apud Scaevolam, *sed quum sententiam defuncti a liberto decipi, satis inhumanum est, centum ei relictos, filiis testatoris debere restitui: quia in simili specie & Imperator noster Divus Marcus hoc constituit?* Ita vero: quin duo sunt apud Scevolam, quae obstant Fabro. Alterum est, quod dicitur iis verbis, *scio omnia, quae tibi relinquo, ad filios meos perventura*, quamvis proprie non sint verba fideicommissi, fideicommissum tamen induci. Alterum est, induci fideicommissum producto ab

ab uxore ad libertum rescripto Divi Marci, quod is ad maritum solum producit, At vero Faber verba illa Triboniani esse contendit, omnesque in eam rem ingenii sui vires experitur *integro cap. 3.* Sed sint illa Triboniani, Fabro Tribonianus, atque adeo ipse Justinianus obstabit. Id unum videtur interpretibus contra sentientibus obstare, quod addit Faber, vix esse, ut quae ab Imp. Marco, atque a Triboniano nominatim de uxore, ac liberto sunt scripta, commode possint ad alios quoscumque produci. Et haec quidem ratio tanti est apud me, ut prae ea tot, tantosque viros vulgaris sententiae assertores nihil morarer. Sed cedendum auctoritati Jurisconsultorum Neratii, atque Ulpiani, quorum hic in *L. etiam* 115. *de leg.* 1. scribit, *Etiam hoc modo, credo te daturum, fideicommissum est*: ille in *L. & eo modo* 118., *valere*, inquit, *fideicommissum eo modo relictum, scio hereditatem meam restituturam te Titio*. Quae de uxore Imp. Marcus, quaeque Scaevola de liberto, eadem de aliis quibuscumque tradidere Neratius, & Ulpianus. Praestat igitur communem sententiam sequi, habito tamen locorum juris delectu. Eam egregie praeter caeteros confirmant extremo adscripti Neratii, atque Ulpiani loci, quibus subinde accedat rescriptum D. Marci in *cit. L.* 67. §. 10. *de leg.* 2. Scaevolae fragmenta in *cit. L.* 19. §. 1. *de ann. leg.*, *& in cit. L.* 30. *de adim. leg.* ad rem vix faciunt; namque aliunde, quam a verbis enunciativis petenda est ratio fideicommissi, uti rectissime Faber. Vestiganti autem mihi rationem, cur placuerit, verbis enunciativis ad gravatum directis, futurumque eventum spectantibus fideicommissum induci, ea occurrit, quod in fideicommissis nuda voluntas sit intuenda, hanc autem satis produnt verba *credo*, *scio*, *non dubito*, aliaque his similia, ut ut spei & fiduciae verba; quis enim est, qui non enixe vult, quod sperat? At enim precaria non sunt. Ego vero quamvis ea proprie precaria non esse concedam; vim tamen precariorum habere contendo. Testatores vice Principum, heredes vice subjectorum funguntur. Si quem sibi subjectum aliquid daturum factorumve sperare se Princeps dicat, facile omnes intelligunt ab illo peti, quod hic sperat. Recte autem id interpretes admittunt, quum verba ad gravatum ipsum diriguntur, nam qui alium ab eo alloquitur, a quo sperat, quum possit eum ipsum alloqui, videtur rem totam libero ejus arbitrio permittere: unde Ulpianus in *L. testatorem*, *al. L. Julianus* 68. §. 1. *de leg.* 3., *Ex his verbis, Curate agros attendere, & ita fiet, ut filius meus filios vestros vobis condonet, fideicommissum*, inquit, *peti non posse*.

Novissime sciendum est, tum demum enunciativis verbis fideicommissum induci, quum *sunt principaliter propter se* (verbis utar interpretum) *non propter aliud emissa*, h. e. quum sunt non in alium finem adhibita, quam ut fideicommissum inducatur. Exemplum est in *L. generali* 32. *pr. de usu & usufr. leg.*, ubi Scaevola, *Generali*, inquit, *capite praeposito, quidam in testamento suo ita adjecit: Felici, quem liberum esse jussi, usumfructum fundi Vestigiani lego: cujus proprietatem puto te consequuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaveris, sed & tu heres omnia fac, ut amici sitis, hoc enim vobis expedit. Quaesitum est, an vivente herede exigere possit Felix fundi proprietatem. Respondit, nihil proponi, cur Felici proprietas fundi legata videretur*. In proposita specie verba, *cujus*

T *fun-*

fundi proprietatem &c., non eo principaliter ſpectant, ut conſequatur Felix proprietatem fundi, ſed ut ad ineundam cum herede, colendamque amicitiam alliciatur.

CAPUT III.

CLAUSULA CODICILLARIS.

DE clauſula, quam vulgo dicunt *Codicillarem*, erat ſuperiore capite agendum, eſt enim inter verba fideicommiſſi, quoniam vero latum fuſumque ea mihi praebet argumentum ſcribendi, ſatius duxi eam proprio hoc capite explicare.

Ad voluntatem teſtatoris quoque modo tuendam inſtituta eſt clauſula codicillaris, in eumque finem apponitur teſtamento. Ejus vis pendet a vi codicillorum, qui fieri dicuntur ab inteſtato. Poſſe inteſtato morientem codicillos facere, iiſque fideicommiſſa dare, non ambigitur. Formulam habes apud Julianum in *L. ſi quis* 3. *D. de jur. codicil.*, *Quisquis mihi heres erit, bonorumve poſseſsor, ejus fideicommitto*. Quod igitur qui teſtamentum condidit, poteſt multas ob cauſſas decedere inteſtatus, facit ea clauſula, ut is deceſſiſſe intelligatur quaſi factis codicillis, quibus heredes bonorumve poſſeſſores rogaſſet, ut praeſtarent fideicommiſſa, *L. ſi miles* 3. *D. de teſt. milit.* Ita vis teſtamenti per ejus clauſulae adjectionem *convertitur in cauſam fideicommiſſi, & codicillorum*, uti loquitur Ulpianus in *L. quaerebatur* 19. *pr. D. eod.*

Clauſula codicillaris multifariam enuntiatur. Vulgaris formula hodie eſt haec, *Si non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum*. Apud veteres uſitatam fuiſſe hanc, *Volo hoc teſtamentum etiam vice codicillorum, vel quaſi codicillos valere*, teſtis eſt Ulpianus in *cit L. ſi miles* 3., *& in L.* 1. *de jur. codic.* Sunt & tres aliae in Libris juris, Prima eſt apud Scaevolam in *L. Titia* 13. *de inoff. teſt.*, *Ea omnia, quae ſupra dari, fieri juſſi, ea dari, fieri volo ab omni herede, bonorum poſseſsore, qui mihi erit etiam jure inteſtato*: ſecunda apud Marcianum in *L. ſi ita* 9. *de leg.* 3., *Ad quemcumque ex teſtamento meo, vel ab inteſtato*, vel ita, *ad quemcumque quoquo jure bona mea perveniant*: tertia apud Paulum in *L. ex ea* 29. §. 1. *qui teſtam. fac.*, *Hoc teſtamentum volo eſse ratum, quacumque ratione poterit*: quae proxime accedit ad vulgarem formulam *omni meliori modo*. Atque hae ſunt formulae, quas poſſis dicere expreſſas. Aliae ſunt, quibus vis clauſulae codicillaris tacite ineſt: ſunt autem, quae apertam aliquam edunt enixae voluntatis ſignificationem. Huc pertinet Scaevolae locus in *L. Lucius* 88. §. 17. *de leg.* 2., *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juriſperito, rationem animi mei potius ſequutus, quam miſeram diligentiam, & ſi minus aliquid legitime, minuſque perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas, Deinde heres inſtituit. Quaeſitum eſt, inteſtati ejus bonorum poſſeſſione petita; an portiones adſcriptae ex cauſſa fideicommiſſi peti poſſunt. Reſpondi, ſecundum ea quae proponerentur, poſſe.* Nec multum abludit locus Papiniani, quem *ſuperiore capite* expoſui *in L. quum pater* 77. §. *ſi-*

§. filius 23. *eod.*, ubi fideicommissis *quum jurisjurandi religione* datis *enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae intelliguntur*. Quandoquè, nulla omnino adjecta clausula codicillari, ejus vice sunt ipsi codicilli: ut ecce si codicillis directo detur hereditas, quod jus non patitur, licet ea clausula absit, restitui debet ex fideicommisso, *L. Scaevola* 76. *D. ad Trebell.*, dum tamen qui codicillos facit, facere se codicillos existimet, non testamentum, *L. illud* 13. §. 1. *de jur. codic.*; nam si facere se testamentum existimet, quum testamentum vere non faciat, quo debeatur fideicommissum, adjici eam clausulam necesse est.

Sed nonne ipse frequens ejus clausulae usus facit, ut quamvis non sit adjecta, intelligatur? Ita Curtius docet in *L. precibus* 8. *C. de impub. & aliis subst.*: ita & alii satis multi: sicque in Foro pluties judicatum. Quid absurdius? Eam clausulam fuisse olim, uti hodie est, in more positam Ulpianus testatur in *cit. L.* 3. *de test. milit.*: & tamen, quo fideicommissum consisteret, eam testamento inseri oportebat, *L. coheredi* 41. §. 3. *D. de vulg.*, *L. ex testamento* 29. *C. de fideicom.*, *L. si jure* 11. *C. de testam. manum.*, & *L. ult. de codicill.*

Nunc effectus codicillaris clausulae persequamur. Sed primum omnium id ego vos monitos volo, si testamentum voluntatis vitio nullum dicatur, clausulae vim nullam esse: cujus rei manifesta ratio est. Vis clausulae secundum ea, quae dicta sunt, in sola testatoris voluntate est posita, ea enim clausula venientes ab intestato, aut exprese rogat, aut rogare intelligitur, ut testamento relicta praestent ex fideicommisso. Quis autem intelligat, vel rogare, vel intelligi rogare eum, quem constat nolle? Haec adeo vera sunt, ut vera sint etiam eo casu, quo vere non deficit voluntas, sed fingitur defecisse: qui casus est testamenti nofficiosi. In rem est nobile responsum Scaevolae in *L. Titia* 13. *de inoff. test.*, *Titia filiam heredem instituit: filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: ea omnia, quae supra dari fieri jussi, ea dari volo ab omni herede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestato. Item quae dari jussero, ea uti dentur fiamque fidei ejus committo. Quaesitum est, si soror* (filiae institutae, quam praeterierat, aut immerenter exheredaverat mater) *centumvirali judicio obtinuerit*, (liberorum querelae de inofficiosis parentum testamentis ad Centumviros olim delatae. *Val. Max. Lib.* 7. *cap.* 8.) *an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur: Si hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes, bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem, nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente*. Sed quoniam jure novissimo, *Auth. ex causa C. de lib. praet.* inofficiosi querela solam rescindit institutionem, non legata, vel fideicommissa, aliave testamento scripta, rectissime hinc conjicit Chifletius *Lib.* 3. *cap.* 12. testamenta non ut olim, colore dementiae rescindi, quae enim ratio esset, cur is color non obstaret legatis, vel fideicommissis, aliisve scriptis testamento? Ergo quantum ad institutionem tuetur hodie codicillaris clausula voluntatem defuncti, quasi pro ea parte decesserit intestatus. Sed quantum ad legata, aliave testamento scripta, nulla clausulae vis est, namque ea debentur ex testamento. Quin possit jus facere, ut quis ex parte intestatus, ex parte testatus moriatur,

tur, nulla dubitatio est. Num de testamento, quod turpi persona instituta a consanguineis rescinditur, idem jus sit, quaeritur. Et fere inter omnes convenit, stare adhuc jus vetus, proinde nullam esse vim clausulae codicillaris: quod enim *Authentica* de solis parentibus, & liberis loquitur, in iis solis videtur dementiae colorem sustulisse.

Ergo codicillaris clausulae effectus hic est, ut si testamentum non vitio voluntatis, sed alia de caussa non subsistat, sive quia initio non jure factum est, sive quia ex postfacto irritum factum est, vel ruptum, destitutumve, eo testamento scripta a legitimis heredibus praestentur ex fideicommisso, *L. si quis* 3. §. 1. *de jur. codicil.*, *L. generaliter* 24. §. 11. *de fideic. lib.*, *L.* 29. *C. de fideic.* & *L.* 11. *C. de testam. man.* Sed interest, num unum factum sit testamentum, an plura. Uno testamento facto, quod destitutum, aliove modo infirmatum est, fideicommissum debetur ab intestato: duobus testamentis factis, quorum prius jure factum, posterius est imperfectum, cui tamen codicillaris clausula adjecta est, debetur ex testamento; quod enim prius testamentum posteriore imperfecto ruptum non est, clausula posteriori inserta facit, ut heres priore scriptus debeat restituere, uti rectissime Chifletius *de Jure fideic. Lib.* 3. *cap.* 4. Idem dicendum est, si prius testamentum posteriore rite facto sit ruptum, fidei tamen heredis commissum sit, ut priores tabulae valerent. Tractat hanc speciem Ulpianus in *L. postumus* 12. §. 1. *D. de injust. rupt.*, *Si paganus, qui habebat jam factum testamentum aliud fecisset; & in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent. omnimodo prius testamentum ruptum est*: (Chifletius *loc. cit.* mavult, *ut priores tabulae valerent: omnimodo*: quod non improbo) *quo rupto potest quaeri; an vice codicillorum id valere deberet: & quum haec verba sint fideicommissi & sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in caussa fideicommissi erunt: non solum legata, & fideicommissa; sed & libertates, & heredis institutio*;

Quum autem ex caussa praeteritionis non subsistit, aut rumpitur testamentum, referre scribit Bartolus in *L.* 1. *quaest.* 6. *D. de jur. codic.*, num testator sciens praeterierit, an ignorans? & priore quidem casu clausulam codicillarem valere, non item posteriore; nam posteriore hoc casu ignorantia facit, ut deficere voluntas testatoris videatur. Contra Baldus in *Auth. ex caussa C. de lib. praeter. num.* 13. scribit, utroque casu clausulam valere, nec verum esse, posteriore casu deficere voluntatem, namque haec vi clausulae *indefinita est* (ejus verbis utar), & *implicita ad omnes casus*. Utraque sententia magnos patronos habet; sed in scholis, & foro receptior est sententia Bartoli, quam multis locis juris adstruit Chifletius *de jure fideic. Lib.* 3. *cap.* 9. Locum unum Marcelli adscribam, qui meliore, ni fallor, interprete opus habet. Est is in *L. pen. de jur codicil.*, *Is, qui unum filium habebat, quum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus, herede eo, & quem postea procreavit. Adgnatione sui heredis nemo dixerit codicillos evanuisse: igitur si nihil tum de postumis speravit: & codicilli non evanescent, & quae relicta sunt, pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus est, solvere compellitur; non etiam postumus: sed & si codicillos reliquisset, duobus superstitibus filiis decedens, quum putaret, alterum ex his prius decessisse, simili modo dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codi-*

codicilli, *atque si solus heres extitisset patri*. Continuo autem sequuntur haec, *Imo dumtaxat partem debet*: quae certe est nota Ulpiani. Marcellum saepe notatum ab Ulpiano constat ex *L. sensum* 27. *de pign.*, & *L. tutor* 28. §. 1. *de adm. tut.* Verba *pro parte dimidia* recte monet Chifletius glossema esse interpretis, quem vix ferendae imperitiae convincunt verba, quae mox sequuntur, *Simili modo dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codicilli*. Sed rem ipsam agamus.

Duos casus tractat Marcellus: utroque patrem alterius filii ignarum ponit: & tamen eum solum, ad quem scripti sunt codicilli, omnia debere ait. Sed ab Ulpiano notatur ea ratione, *quoniam non fuerit filio ablaturus*, h. e. non tantum fuerit ab eo uno filio aliis relicturus, *nisi solum putaret successorem sibi futurum*. Hinc conficit Chifletius, videri eum qui ignorat, nolle. Contra ego motus eo ipso juris loco, quem in Bartoli sententiam laudat Chifletius, quemque Baldus, aliique eum sequuti ignorarunt, sentio cum Baldo. Testator, quo tempore scribebat codicillos de postumo nihil sperabat: eo autem adgnato evanescere codicillos negat Marcellus: nec dissensit Ulpianus. At quid est aliud codicillaris clausula, quam codicilli? Si non facit ignorantia testatoris, ne valeant codicilli, facere, ne ea clausula valeat, non potest.

Jam quoniam per bonorum possessionem contra tabulas liberis emancipatis praeteritis Praetor indulget, rescindi testamentum dicitur, *L. 1. de legat praest.*, faciatque testator exitum intestati, *L. non putavit* 8. §. *ult. de bon. poss. contr. tab.*, scripta eo gradu, a quo illi sunt praeteriti, vi clausulae codicillaris in fideicommissum converti docet Chifletius *cit. Lib. 3. cap. 11.* ea ratione, quia pro eo tantum gradu rescinditur testamentum, a quo illi praeteriti sunt: atque huc refert illud Africani in *L. ex duobus* 34. §. *ult. de vulg.*, *Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutionem tamen pupillarem valere, & legata omnibus praestanda esse, quae a substitutione data sunt*.

Ut quae subobscure docet Chifletius facile intelligantur, sunt quaedam de liberis non emancipatis tradenda hoc loco. Non emancipatos liberos heredes, aut exheredes scribi oportere, quo testamentum valeat, vel ipsi Justinianaei sciunt. Exheredandi sunt autem ab omni gradu. Si quis gradus est, a quo non sunt exheredati, ab eo praeteriti intelliguntur. Finge testamento scriptum, Titius heres esto, Gajus filius meus exheres esto: si Titius heres non erit, heres esto Maevius. Gajus filius meus exheres esto. In hac formula Gajus filius ab omni gradu exheredatus est. Contra finge scriptum, Titius heres esto, Gajus filius meus exheres esto: si Titius heres non erit, heres esto Maevius. In hac formula Gajus a primo gradu exheredatus est: a secundo praeteritus. Gradus autem, a quo praeteritus est filius, *perimitur*, ut verbo utar Ulpiani in *L. & si pepercerit* 3. §. *ult. de lib. & post.*, & habetur pro non scripto: proinde si primus gradus est, eo peremto, testamentum a secundo gradu exordium capiet, *cit.* §. *ult.*, si secundus, testator unum tantum gradum heredum fecisse intelligitur, *L. si primo* 8. *D. eod.* Haec vera sunt, si non sit filius aut ante heredis institutionem, aut inter duos gradus exheredatus; namque utroque casu ab omni gradu summotus est, *cit. L.* 3. §. 3. & 4. Ergo si ponas filium a primo gra-

gradu exheredatum, a secundo praeteritum, & non aditam a primo hereditatem, filius a secundo praeteritus succedet ab intestato, quasi nullo ab initio, quod pertinet ad eum gradum, testamento: idemque jus erit, si eum ponas a primo praeteritum, a secundo exheredatum: heredemque secundum defecisse. Dictis adde: Si quis liberos ab unius persona exheredaverit, ut in hac formula, *Titius*, *Maevio filio meo exheredato, heres esto, Gajus heres esto*, vitiosa erit exheredatio, *L. & si peperit* 3. §. 2. *de lib. & post.*, namque exheredandus erat a toto gradu: unius autem heredis persona gradum non facit. Ergo Maevius pro praeterito erit. Verba *Titius Maevio filio meo exheredato heres esto* apertissime ostendunt ab unius heredis persona Maevium exheredari. Verum si exheredetur Maevius inter medias heredum institutiones, ut in hac formula *Titius heres esto*, *Maevius filius meus exheres esto*, *Gajus heres esto*, recte Maevium exheredari, atque a toto gradu institutorum submoveri non ambigitur, *cit. L.* 3. §. 2. Quod si eam formulam retineas *Titius*, *Maevio filio meo exheredato*, *heres esto*, ac Titium ex asse scriptum heredem ponas, nulla ratio est, cur Maevium non recte exheredatum dicas. Vitiosa itidem erit exheredatio, si quis filium exheredaverit a re certa, ut in hac formula, *Titius heres esto*, *Maevius filius meus fundi Sejani exheres esto*, aut in illa apud Paulum *L. quum quidam 9. D. eod.*, *Filia ex asse heres esto*, *Maevio filio meo decem lego*, *& in caetera parte exheres esto*; namque exheredandus erat ab hereditate, quae universum jus est, non a re certa. Quod si quis illud objiciat heredem ex re certa potestate juris intelligi ex asse institutum, *L. interdum* 13. §. 1. *de hered. inst.*, obicem amovet *cit. loc.* Paulus ex sententia Scaevolae, qui ajebat, aliam caussam esse institutionis, quae benigne acciperetur; exheredationes autem non esse adjuvandas. Quid si quis filium post omnes gradus exheredet? Num erit filius ab omni gradu submotus, an ab eo tantum, quem proxime sequitur exheredatio? Posterius hoc doctioribus, prius illud plerisque visum. Occasionem disputationi dedit Antonini rescriptum in *L.* 1. *C. de lib. praet.*, cujus verba sunt, *Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur*, *si adjiciat testator*, *ab omnibus se gradibus exheredare*, *non dubitatur*, *juri satisfactum esse* (h. e. eum rite recteque exheredasse, ac proinde testamentum exheredato, non autem praeterito filio, valere) *& ideo etiamsi id non adjiciatur*, *appareat tamen*, *eum id eo consilio scripsisse*, *ut ab omnibus exheredaret*, *recte factum testamentum videtur*, *preinde quum paterfam. filiis institutis*, *& invicem substitutis filium exheredaverit*, *est intelligendus exheredationem ab utroque gradu fecisse*; *nam quum iidem heredes instituti sunt*, *nulla ratio reddi potest*, *quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse*. Sed cuivis locum illum juris animum serio seduloque advertenti patebit exheredatum post omnes gradus non alias esse ab omnibus exheredatum, quam si aut id testator expressim adjecerit, aut hanc ejus fuisse mentem appareat, ut in specie ejus rescripti.) Igitur in re dubia contrarium regulae loco habendum est. Jam quae de gradu ipso jure peremto ob non emancipati filii praeteritionem dicta sunt, dici eadem debent de gradu per bonorum contra tabulas possessionem rescisso, si praeteritus sit emancipatus. Huc igitur videntur redire a Chifletio tradita, codicillarem clausulam non omni gradu scri-

scripta tueri, sed tantum scripta eo gradu, qui aut suo herede praeterito perimitur jure ipso, aut praeterito emancipato rescinditur. Ego vero non video, cur non tueri etiam debeat scripta eo gradu, qui aut praemortuo, aut deserente testamentum herede, defecit. Utroque casu res redit ad caussam intestati nullo voluntatis vitio: proinde utroque deberet clausula inducere fideicommissum. Ad rem non facit locus Africani, namque in specie, quam is tractat, paternis tabulis rescissis valet substitutio pupillaris, quae licet proprie non sit testamentum a paterno diversum, certe tamen hereditatem continet filii diversam ab hereditate paterna. Sed in ea, quam nos tractamus, specie, quemadmodum unum est testamentum, ita una est hereditas, quae tota defertur ab intestato.

Porro vim clausulae codicillaris ad pupillares etiam tabulas porrigi, si patris testamentum jure non valet, facile colliges ex verbis Papiniani in *L. coheredi* 41. §. 3. *D. de vulg.*, *Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere: legitimum heredem filii salva Falcidia* (h. e. Trebellianica, ut in *L. Lex Falcidia* 47. §. 1. *ad L. Falc.*, & *L. si patronus* 11. §. 2. *ad Trebell.*) *cogendum patris hereditatem ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato*, (i. e quemadmodum restitueret fideicommissum particulare a filio impubere relictum post mortem) *restituere placuit. Nec aliud servandum cum substitutionis conditio puberem aetatem verbis precariis egreditur*, (veluti si filium heredem roget hereditatem restituere, si intra xxv. annum decesserit). *Quae ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit: alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet: nisi expressum est*. Novissima haec verba non possunt alio spectare, quam ad clausulam codicillarem: suntque perinde accipienda, quasi scriptum sit, nisi hoc testator expresserit, velle se eam scripturam jure codicillorum valere. *Nec fideicommisso*, pergit Papinianus, *propriae facultates filii tenebuntur*: quibus verbis discrimen proponitur inter substitutionem pupillarem directam, & fideicommissariam. Qui directo substituit filio impuberi, bonis ipsius filii substituit: qui per fideicommissum, suis tantum bonis. *Vide Goveanum in cit.* §. 3.

Denique clausulae codicillaris effectus est, ut in heredis scripti arbitrio sit ex testamento succedere, aut ab intestato. Verum ab *ipsis intentionis exordiis propositum suae intentionis explanare heredem* jubet Theodosius in *L.* 8. *C. de codicil.*, *scientem, se unius electione, alterius sibi aditum praeclusisse*: quod & in multis aliis caussis obtinet, *L. quod in herede* 9. §. 1. *de tribut. act.*, & *L. quum filius* 76. §. 8. *de leg.* 2. Certis tantum personis variandi potestatem facit Theodosius §. 2., ubi, *Si quis vero ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere: licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare*. Etiam in recta linea separantur adgnatio, & cognatio. Avus paternus, & ex filio nepotes adgnati sunt: avus maternus, & ex filia nepotes sunt cognati. Ratio autem, cur certis istis

per-

personis liceat variare, a Theodosio redditur in haec verba, *non enim par, eademque ratio videtur, amittere debita & lucra non capere*: ex quo loco recte colligitur, adgnatis illis, cognatisve successionem quasi debitam deferri. Vides personis istis non prorsus liberam optionem dari. Permittitur quidem eis a successione testamentaria convolare ad subsidium fideicommissi ab intestato, non contra. Ex dictis consequitur, heredem, qui vi codicillaris clausulae jus habet eligendi, si omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem, non incidere in edictum Praetoris, *Si quis omissa caussa testamenti*; namque Ulpianus in *L. quia 6. §. si quis omissa caus. test.* negat *eum incidere in edictum, qui usus est facultate, quam ei testator concessit*. Sed ea optione data, quae erit utilitas heredis? Si in Edictum incideret, praestare legata compelleretur: nonne autem cessante edicto ipsa eadem legata vi clausulae codicillaris in fideicommissa ab intestato conversa cogetur praestare? Ita vero, sed quid interfit, docere videtur idem Ulpianus in *cit. L. 6. pr. & §. 2.*, *Si omissa caussa testamenti, ab intestato possideat hereditatem: videndum est, an legatariis cogatur respondere: & Julianus libro trigesimo primo digestorum scribit: cogendum primum legata praestare: mox dimissis legatis, si quid superfuerit ex dodrante, tunc fideicommissa cogi praestare: caeterum, si legata absumant dodrantem, tunc nihil fideicommissariis praestandum, habere enim integrum quadrantem legitimum heredem oportet. Ordo igitur a Juliano adhibetur: ut prius legata praestentur: deinde ex superfluo fideicommissa: dummodo quadrans non tangatur. Ego puto Juliani sententiam ita accipiendam: ut si, omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem: cogatur omnimodo legata praestare, nec enim utique omittere ei hereditatem permisit, qui fideicommissa ab eo relinquit ab intestato. Plane si nominatim id ei permisit, dicendum, non eum incidere in edictum, quia usus est facultate ea, quam ei testator concessit, quod si non ei concessit specialiter testator omittere, is ordo erit sequendus, quem Julianus ostendit*. Qui igitur effectus est facultatis heredi concessae a testatore testamentariae caussae omittendae, idem erit clausulae codicillaris effectus, h. e. ut omissa caussa testamenti, legata & fideicommissa contribuantur, quasi exaequata, quum tamen non adjecta clausula, ac proinde ea facultate non concessa, incidisset heres in edictum, & primum legatorum; tum fideicommissorum haberi ratio debuisset secundum ordinem Juliani, *Chiflet. de jure fideic. lib. 3. cap. 7.* Sed vereor ne falsum sit, quod Chifletius putat, namque Ulpianus in *L. quia 6. D. si quis omissa caussa testamenti*, qua Chifletius movetur, diserte scribit §. 1. in edictum non incidere eum, cui *nominatim*, & *specialiter* permisit testator testamenti caussam omittere: At quum testator solam testamento adjicit clausulam codicillarem, ut ut possit videri tacite permittere, certe vero non nominatim, non specialiter permittit: est igitur de effectu isto clausulae codicillaris valde dubitandum.

Haec de clausula codicillari dixisse sit satis. Quae alia de ea habent alii, passim praestant. Id unum in universum moneo, atque edico, vix quidquam eorum, quae vulgo traduntur, quaeque sciens volens omisi, consentire cum regulis juris.

CA-

CAPUT IV.

LEGATA TACITA.

Dixi parte prima hujus commentarii, jam ante tempora Justiniani; qui legata & fideicommissa exaequavit, fieri in legatis coepisse locum conjecturis fideicommissorum propriis: unde ad exemplum fideicommissorum tacitorum introducta itidem legata tacita, quorum ecce exempla aliquot in libris juris. Primum est apud Ulpianum in *L. servum* 44. §. *ult. de leg.* 1., *Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget: aditum mihi legatarius non debebit: sed heres cogitur redimere aditum & praestare*. Ecce aditum fructuario tacite legatum, h. e. ex conjectura voluntatis defuncti; quod enim sine eo aditu legatarius uti frui non potest, testator, qui certe voluit legare usumfructum, videtur & id voluisse legare, sine quo frustra usumfructum legasset. Est eadem species apud Marcellum in *L. damnas* 15. §. 1 *de usu & usufr. leg.*, ubi tamen est aliquid, quod adscripto Ulpiani loco videtur obstare. Verba sunt, *Qui duos fundos habebat, unum legavit, & alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est, an fructuario servitus debeatur. Respondit quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita & in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit: sive donec usufructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit*. Legatarium debere jus transeundi usufructuario praestare ait Marcellus. Contra Ulpianus aditum inquit usufructuario legatarium non debere: sed heredem cogi redimere aditum, & praestare. Scite Cujacius in *cit. L.* 44. §. *ult.* scribit, plures esse aditus praestandi modos, horumque duos a Marcello, atque Ulpiano proponi, diversos quidem inter se pro diversis circumstantiis: unum si heres fundum legatario non dum tradidit, eumque retinet, quo legatarius usufructuario praestet jus transeundi: alterum si heres liberum fundum jam tradidit: de posteriore hoc casu Ulpianum, de priore Marcellum loqui. Fere eadem tradiderat Accursius. Quod Cujacius praeeunte etiam Accursio addit, si heres ea retentione non sit usus per errorem, posse id consequi condictione indebiti, quasi plus debito dederit, vix adduci possum ut probem; pugnant enim haec duo, plus debito dari, & heredem redimere cogi. Quod redimitur, ejus est, qui vendit: si ejus est, dici indebitum nequit. Illud mihi non dubium videtur, tradito fundo legatarium vendere compelli ex conjectura voluntatis testatoris, quae exitum habere alias non posset. Num quod de aditu dictum est, dici idem debet de servitute altius non tollendi? Marcellus respondit in *L. Gaurus al. L. binas* 10. *de servit praed. urb.*, *Qui binas aedes habebat, si alteras legavit: non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium. Idem dicendum est, si*

alteri aedes, alteri aliarum usumfructum legaverit. Non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum: habitare autem potest, & aedibus obscuratis, caeterum usufructu loci legato, etiam accessus dandus est, quia & haustu relicto, iter quoque ad hauriendum praestaretur. Sed ita officere luminibus & obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur (recludere hoc loco est non aperire: quae est propria ejus verbi significatio, sed claudere:) *sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.*

Secundum est apud eundem Ulpianum in *L. denique* 8. §. *interdum* 7. *D. de pecul. leg.*, *Interdum, & si non sit legatum peculium, velut legatum sic accipitur, id est in hujusmodi specie. Quidam servo libertatem, si rationes reddidisset, dederat, & si heredibus centum intulisset. Imperator igitur noster cum patre* (sunt hi Severus & Antonius) *rescripsit, peculium quidem non nisi legatum deberi: verum* (inquit) *si conditionibus praescriptis paruit servus, testatorem voluisse eum retinere peculium interpretamur, videlicet ex eo, quod ex peculio eum jusserat centum inferre*. Eadem habet Tribonianus in §. *peculium* 20. *Inst. de leg.* Et vero jubetur servus de peculio solvere: solvere autem de peculio non potest, nisi habeat peculium. Accedit, quod is reliqua inferre jubeatur heredi, cujus esset peculium, nisi tacite legatum intelligeretur: heredi autem solvere de re ipsius heredis perridiculum est.

Tertium dat idem ipse Ulpianus in *L. sicut* 3. *pr. quib. mod. ususfr. amitt.* Amitti usumfructum capitis minutione, (post Justinianum maxima, & media, ante Justianum etiam minima) exploratissimum est. Jam eum capitis minutione amissum legari posse scribit Ulpianus hac formula, *quotiescunque capite minutus erit, ei lego*, vel hac, *quotiens amissus erit*: & tunc, si capitis minutione amittatur, *repetitum videri*. Verbum *videri* nota est legati taciti. Ego vero in duplici ea formula legatum expressum adgnosco: proinde τὸ *videri* positum puto pro *esse*: qua significatione interdum usos eo verbo Jurisconsultos, scimus. Legatum tacite repetitum continent Ulpiani verba, quae sequuntur, *Unde tractatum est, si cui quamdiu vivat, ususfructus legatus sit, an videatur repetitus, quotiens amissus est: quod Maecianus tentat: & puto repetitum videri. Quare, si usque ad tempus sit legatus, ut puta usque ad decennium, idem erit dicendum*. Rectissime monet Accursius, accipi locum Ulpiani debere de usufructu minima capitis minutione amisso, non maxima, aut media, quoniam autem jure novo minima capitis minutione non amittitur, non alias, quam in casum restitutionis a Principe indultae, post mediam, aut maximam, intelligi repetitum legatum.

CAPUT V.

FIDEICOMMISSA TACITA.

IN fideicommissis *solam* voluntatem servari scribit Paulus in *L. a fratris* 127. *de leg.* 1., ubi *sola* voluntas non ea est, quae verba prorsus excludit. *Solum* quandoque est idem ac *praecipuum*, *potissimum*: quo sensu interpretatus est

est Servius illud Virgilii Georg. *Lib. I. v. 29. Et tua nautae Numina sola colant:* & novissime Gerardus Noodtius in *Tit. D. de compensat.* illud Triboniani in §. 30. *Inst. de act.*, actiones compensantione minui ipso jure, excepta *sola depositi actione*. Et vero Ulpianus in fideicommissis voluntatem *praecipue* spectandam: Maecianus voluntatem *maxime* valere ajunt, *L. fideicommissa* 11. §. *item* 19., & *L. quisquis* 95. *de Leg.* 3. Sine verbis, aut nutu, qui vice verborum est, induci fideicommissum nequit. Deficiunt quandoque verba fideicommissorum propria, sed non deficiunt verba, ex quibus conjectando intelligas, voluisse testatorem relinquere fideicommissum: quo casu voluntas potior est verbis, sicque accipienda sunt Pauli, Ulpiani, ac Maeciani loca, quibus adde locum Scaevolae in *L. Pamphilo* 39. *pr. eod.*

Sed non aliis conjecturis induci fideicommissum potest, quam iis, quae vulgo *vehementes*, & *necessariae* appellantur. Erit autem his locus, si qua sint verba, quae licet secundum propriam significationem non contineant fideicommissa, non potuere tamen a testatore in alium finem adhiberi, quam ut fideicommissum induceretur. Exempla duo proferam, unum *ex Libro V. fideicommissorum Ulpiani*, alterum *ex Libro II. decretorum Pauli*. Ait Ulpianus in *L. si cui legatum* 92. *de condit. & dem.*, *Quum quaedam mulier nepotes suos heredes instituisset, & ipsum filium coheredem filiis dedisset, eosque invicem substituisset, rogassetque filium, ut filios emanciparet, non autem rogasset, ut hereditatem eis restitueret, ex auctoritate Divi Severi emancipare eos compulsus est, hisque restituere hereditatem: & adjectum est, ut si tardius id faceret, quasi ex mora usuras praestaturum; videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi etiam facere*. Ait Paulus in *L. qui filium* 74. *ad Trebel.*, *Qui filium & filiam habebat, testamentum fecit, & ita de filia sua caverat, Mando tibi, non testari, donec liberi tibi sint. Pronunciavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc quod prohibuisset eam testari, petiisse uti fratrem suum heredem faceret, sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere*. In specie Ulpiani verba quibus mater filium rogavit, ut *filios emanciparet* non sunt quidem verba fideicommissi propria, sed non *in alium finem* potuere proferri, quam ut filiis hereditas restitueretur: nec in specie Pauli verba *mando tibi non testari, donec liberi tibi sint*, spectare alio poterant, quam ut filia intelligeret rogatam se, deficientibus liberis, fratri restituere hereditatem.

Inter tacita fideicommissa nullum frequentius, nullum illustrius eo, quod ex interdicta bonorum alienatione proficiscitur; qui enim alienari bona vetat, id non alia mente facit, quam ut ei, cujus gratia interdicta est alienatio, restituantur ex fideicommisso. Extat de hac re nobile Imperatorum Severi & Antonini rescriptum in *L. filiusfamilias* 114. §. *Divi* 14. *de leg.* 1., *Divi Severus, & Antoninus rescripserunt*, verba sunt Marciani, *Eorum, qui testamento vetant, quid alienari, nec caussam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum relinquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere. Quod si*

 libe-

liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes, ejusmodi voluntatem significarent, servandam eam esse: sed haec neque creditoribus, neque fisco fraudi esse; nam si heredis propter creditores testatoris bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur. Quo Severi & Antonini rescriptum recte intelligatur, longo commentario est opus. Mihi propositum est primum ejus sententiam paucis aperire, tum illud per partes expendere.

Rescripti sententia haec est, si quis testamento vetat quid alienari, interesse, num aliqua honesta de caussa, personaeve alicujus contemplatione, an suo indulgens genio id faciat: priore casu voluntatem ejus omnino servandam: posteriore nudum praeceptum esse, h. e. praeceptum sine caussa, quod impune negligitur: atque hinc confice, testamentum esse juris civilis, tantumque licere testatoribus, quantum eis civile jus permittit: quodque in XII. Tabulis scriptum est, *Uti quisque legassit rei suae, ita jus esto*, perinde accipiendum, quasi scriptum adjecta conditione, si secundum leges testetur. Quum autem servanda est voluntas testatoris, hanc neque creditoribus, nec fisco fraudi esse, ajunt Imperatores. Cur non debeat creditoribus testatoris fraudi esse, facile est intelligere; jure enim quum civili, tum naturali nemini debet licere jus alterius intervertere: proinde nonnisi deducto aere alieno debentur legata, vel fideicommissa, *L. 1. §. denique D. ad Trebell.* Sed difficile explicatu est, quod sequitur apud Marcianum, *Nam si propter heredis creditores bona testatoris venirent, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur*. Ita in quibusdam exemplaribus. Verum si lectionem istam retineas, quam possis rationem afferre, cur pro dimittendis creditoribus heredis bona testatoris jure veneant, non video. Accedit, quod, uti rectissime a Cujacio animadversum, bona testatoris venire idem est, ac vendi nomine testatoris: id vero ne instantibus quidem creditoribus testatoris Leges permittunt, §. 1. *Inst. de hered. qualit. & diff.* tam longe abest, ut instantibus creditoribus heredis id fieri patiuntur. Praestat igitur ex fide libri Florentini legere in hunc modum, *Si heredis propter testatoris creditores bona venirent*. Ita bona referuntur ad heredem, & propter creditores testatoris venduntur. Bona autem heredis sunt quum ea, quae propria sunt heredis, non testatoris beneficio quaesita (tenebatur enim ante institutum ab Justiniano beneficium inventarii supra vires hereditatis), tum quae ante aditam hereditatem propria testatoris erant, ac per aditionem propria esse illius caeperunt, namque haec veneunt nomine heredis, *cit.* §. 1. *Inst.* Tum distractis bonis fideicommisso subjectis, *fideicommissarii quoque*, h. e. ii, ad quos voluit testator bona pervenire ex fideicommisso, *communem* cum herede *fortunam sequuntur*, h. e. pariter atque heres bonorum faciunt jacturam. Pari cum creditoribus jure quantum ad bonorum alienationem censetur fiscus, non tanquam creditor, ut male nonnulli, (cur enim a creditoribus fiscum separat Marcianus eo verbo, *neque creditoribus, neque fisco?*) sed tanquam is, cui aliquid ex iis bonis pendendum est ob publicam caussam. Perbella est conjectura Cujacii, spectasse Marcianum ad L. Juliam, qua fiscus vicesimam hereditatis capiebat, nisi quis liberorum, aut parentum testamento heres scriberetur. Vicesimarium istud vectigal primum invectum Lege Papia

Papia Poppaea caducaria scribit Vinc. Gravina *De Leg. & SCtis* §. 60. Sed qua Lege de vicesima ista actum, eadem actum de tabulis testamenti statim aperiendis, testis est locupletissimus Paulus *Lib. 4. Sent tit. 6*,; de tabulis autem aperiendis non primum Lege Papia Poppaea caducaria actum, scimus. Recte Heineccius ad *L. Jul. & Pap. Lib. 3. cap. 1. num. 2.* L. Juliam vicesimariam Lege Julia Poppaea caducaria paullo antiquiorem facit. Sed nihil est caussae, cur Triboniani incuriam Cujacius accuset, quod juris antiqui vestigium reliquerit in Pandectis; namque etiam post abolitum vicesimarium illud vectigal recte potest locus Marciani ad quodvis aliud vectigal referri, quod ex bonis privatorum fisco debetur.

Habes sententiam rescripti. Nunc in singulis ejus partibus consistam. Ait Marcianus, nihil esse opus nudum testatoris praeceptum servari, nudumque praeceptum interpretatur, quod nulla caussa, nullo personae respectu relictum est. Eadem scripta sunt apud Scaevolam in *L. pater* 38. §. *Julius* 4., & *L. Lucius* 93. *pr. de leg.* 3. Haec mire illustrat locus Pomponii in *L. Quintus* 7. *D. de ann. leg.*, *In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt. Haec autem talia sunt: si te heredem solum instituam, & scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias: nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis, facere: aliter atque si coherede tibi dato, idem scripsero, nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias; coheres tuus agere tecum poterit familiae erciscundae, uti facias: quoniam interest illius: quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis.* Sive unus dato coherede, sive uterque heres jubeatur facere, monumentum fieri interest heredis, *quem jus monumenti sequitur*, uti Ulp. inquit in *L. his consequenter* 18. §. 2. *fam. ercisc.*: quo fit, ut divisa etiam hereditate, experiri recte possit coheres actione praescriptis verbis, *cit.* §. 3. Pergit Pomponius, *Ad auctoritatem scribentis hoc quoque pertinet, quum quis jussit in municipio imagines poni: nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua: actio eo nomine nulli competit.* Ecce tum primum incipit actio competere, quum incipit aut coheredis, aut municipii interesse, praeceptum testatoris servari. Saepe Romani imagines in municipio ponendas legabant ad honorem municipii: quo casu publice intererat eas poni: unde si eas heres intra praefinitum a testatore, aut Praeside tempus non poneret, usuras Reipublicae pendere compellebatur, *L. quum quidam* 17. §. *ult. de usur.*, & *L. si legatum* 5. *pr. de operib. publ.* Quid est autem, quod in *cit. L.* 7. *sub finem* Pomponius subjicit, *In omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem caussam ferunt, ad effectum perduci?* Ecce nudum praeceptum non omnino negligitur. Deficit quidem actio, sed praesto est officium judicis. Qui huic difficultati satisfecerit, inveni profecto neminem. Mea de hac re conjectura haec est. Qui testantur de sua quidem re statuunt, sed in alienum tamen tempus, quo mors dominium jam solvit. Quum id pati ratio juris gentium non possit, id illi mera juris civilis indulgentia faciunt. Quod autem civile jus praeter jus gentium est,

hoc

hoc ipso est interpretatione coangustandum: proinde quum multo sit gravius heredem rerum hereditariarum jam dominum sine caussa vetare, ne alienet, (quod facere jam dominis per jus gentium licet, quodque vel ipsae Summae Potestates nonnisi publicam ob caussam vetant) multo inquam sit gravius, quam heredem jubere monumentum certa pecunia facere, aut imagines ponere in municipio; fortasse hinc factum, ut posterius hoc praeceptum arbitrio judicis permiserint Jurisconsulti, prius illud omnino neglexerint. Conjecturam hanc meam non tanti facio, ut non debeam conari meliora.

Ait Marcianus, nec *caussam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est*. Separare videtur Jurisconsultus caussam a persona, quasi ad tuendum interdictum testatoris alterutrum sit satis, aut caussam exprimi, aut inveniri personam: sicque Marciani locum plerique interpretantur. Rectius alii, quorum numero est non ignobilis interpres juris Aemilius Ferrettus in *cit.* §. *Divi*, nihil esse aliud *caussam* contendunt, quam *personae respectum*. Et vero quum eorum quae testamento scribuntur, nihil queat animo fingi, quod spectare alio possit, quam ad personas, quis fingere interdictae bonorum alienationis caussam potest, quae non sit certae alicujus personae, certive personarum generis respectus? Id praeclare meo judicio confirmant verba ipsa Marciani. Praeceptum testatoris nudum esse inquit, si *caussam illa non exprimat*: rursus ait nudum esse, si non *inveniatur persona, cujus respectu relictum est*: tum ut ex contrariis praecepti non nudi exemplis, quid sit praeceptum nudum, clarius intelligatur, sola subjicit exempla personarum, veluti liberorum, posterorum, libertorum, heredum. Si aliud caussa, aliud esset persona, non sola personarum exempla, sed vel unum caussae exemplum subjecisset Marcianus. Igitur solus *personae respectus facit*, ut praeceptum sit non nudum. Nomine autem personae personam quamcumque intelligo, modo non sit persona ipsa testatoris. Conjecturae auctor mihi Pomponius in *cit. L.* 7. *de ann. leg.*, ubi de imaginibus in municipio ponendis agens ex eo praecepto obligationem nasci ait, si poni eas jusserit testator honoris municipii gratia, non sua. Et mihi optima istius rei ratio succurrit. Valere testamentum incipit post mortem; ejus autem, qui desiit esse inter homines, nihil interest eorum, quae inter homines aguntur. Tam adscriptis Marciani verbis duos diversos personae designandae modos subtiliter observat Ferrettus, alterum, si *exprimatur persona, propter quam* interdicta est alienatio a testatore, alterum, si *persona inveniatur, cujus respectu hoc a testatore dispositum est*: ex priore modo personam dare caussam praecepto, quia non aliam ob caussam alienari rem vetuit testator, quam quia ei personae voluit consultum: posteriore non eam personam praecepto caussam dare, quia non ut ei consuleret, alienationem vetuit testator; respici tamen eam a testatore, ut rem habeat, si contigerit alienari; demum prioris modi exemplum esse, si testator rem volens in sua familia conservari, ejus alienationem vetet; in quo exemplo familia caussam dat interdicto: posterioris exemplum esse, si rem prohibeat alienari nulla expressa persona, cui eo interdicto prospectum velit, tum personam nominet, ad quam velit rem, si alienetur, transferri, ut apud

apud Ulpianum in *L. si quis ita* 3. §. 4. *de adim. leg.*: in quo exemplo dat interdicto caussam is, in quem res alienata transfertur. Ferretto praeiverat Accursius in *cit.* §. *Divi v. respectu*. Ego ab iis seorsum sentio; quis est enim, qui latine sciens non videat, idem sonare *Tò propter quam*, ac *Tò cujus respectu*? Formula haec non minus, quam illa eundem interdicti finem designat. Sed nonne obstat Marciano Ulpianus in *cit. L.* 3. §. 4. Ulpiani verba sunt, *Si quis ita legaverit: heres meus Titio fundum dato: & , si Titius eum fundum alienaverit; heres meus eundem fundum Sejo dato: oneratus est heres* (i. e. heres tenetur Sejo dare fundum , hujusve aestimationem). *Non enim a Titio fideicommissum relictum est, si alienasset fundum, sed ab herede ejus legatum est. Heres igitur debebit, doli exceptione posita*, (alibi legitur *opposita*) *prospicere sibi cautione a Titio de fundo non alienando*. Ecce vetatur Titius fundum alienare nullo personae respectu, quae caussam dederit interdicto: & debet tamen Titius, quasi non nudum praeceptum sit, de fundo non alienando cavere. Respondeo, propositis verbis non vetari Titium alienare. Fundi alienatio in conditione est: quae autem sunt in conditione, ea non esse in dispositione, fuse ac solide demonstravero *cap.* 1. *Commentarii de condit. & demonstrat.* Jam quod Marcianus non expressa a testatore caussa interdicti, eam, quo interdictum valeat, inveniri oportere inquit, ex eo colligitur, satis esse idoneam aliquam occurrere conjecturam, qua caussa illa inveniatur: quae communis interpretum traditio ea ratione confirmatur, quod absurdum sit, posse fideicommissum ipsum conjectura induci, caussam fideicommissi non posse. Conjectura autem ex dignitate rei, aliisve circumstantiis capienda est. Finge a testatore interdictum, ne praedium alienetur, in quo majorum sepulchra, aut imagines sunt, *L. libertus* 36. *D. de bon. libert.*, & *L.* 22. *C. de adm. tut.*, vel ne quid aliud alienetur, quod sit vetus familiae monumentum: namque haec posterorum interest habere, *arg. L. si in emptionem* 35. *D. de minor.* Et sunt tamen nonnulli, quos in contrariam sententiam adduxit *L. pater* 38. §. *Julius* 4. *de leg.* 3., ubi a Julio Agrippo cautum inquit Scaevola, *ne ullo modo reliquias ejus, & praedium suburbanum, aut domum majorum heres ejus alienaret*: tum easdem res in extraneos translatas: & hoc tamen esse *nudum praeceptum* scribit, *ac nihil proponi contra voluntatem defuncti factum*. Obicem amovere non levis est operae. De *domo majorum* non laboro; namque legendum est, *majorem*, ut in Florentino, & in optimis quibusque exemplaribus scriptum est. Nec multum laborandum de *suburbano*. Domus, quae prae altera minori dicitur *major*, & *suburbanum* illud non tanti erant, ut alienatione interdicta consultum posteris videretur. Quod de interdicta *reliquiarum* testatoris alienatione dicitur, id me non mediocriter turbat. Nec possum in iis conquiescere, quae in mentem venerunt Melchiori de Valentia in *cit.* §. *Divi num.* 9., reliquias testatoris esse non ejus sepulchrum, quod licet alienari vellet testator, alienari religio vetabat; sed quae bona reliquisset post mortem; porro particula *aut* inter suburbanum, & domum majorem posita specialem testatoris affectionem excludi, quin suburbani, domusve alienationem arbitrio heredis permitti. Ne in istis conquiescam, vetat ratio quum Latini sermonis, tum juris. Non bonorum, sed testato-

ris

ris reliquias dixit Scaevola: hae autem Latinis, & maxime Jurisconsultis sunt defuncti hominis cineres: prostantque apud Brissonium exempla. Quod si contra morem Latinorum bona ipsa post mortem relicta dicere voluisset *reliquias*, quia & suburbanum, & domus *reliquiae* itidem erant, Τὸ *reliquias* suburbano ac domui postposuisset; ita enim ratio ordinis postulat, ut singularibus generalia subjiciantur. Et quamvis sepulchra, tanquam res religiosae in commercio non sint, recte tamen veneunt cum ipso fundo, *L. in modicis* 24. *de contr. emt.* Et mihi quidem videtur illud Scaevolae *reliquias ejus*, & *praedium suburbanum* perinde accipiendum quasi scriptum, *praedium suburbanum cum sepulchro*: cujus loquutionis exempla aliquot produxi in *meis Inst. repetitae praelect. tom.* 1. Ad haec particulam disjunctivam in negativa oratione vim habere particulae conjunctivae, compertissimum cuique est. Demum non affectionem ipsius testatoris, sed quod eorum interest, qui supersunt, spectari oportere, jam dixi. Atque hinc capio conjecturam, qua posset obex facile amoveri. Testator de suis tantem reliquiis loquitur. Ergo in eo suburbano unum erat sepulchrum testatoris, quod ne cum fundo ad alios transiret, non videbatur familiae interesse. Si plura illustrium majorum sepulchra in eo suburbano fuissent, certe ad dignitatem familiae pertinuisset suburbanum illud familiae servari: nec Scaevola praeceptum de eo non alienando nudum pronunciasset.

Porro Marciani verba *vetant quid alienari* interdictum continent conceptum in rem, a quo valde distat interdictum conceptum in personam. Hoc certas personas: illud spectat rem ipsam. Interdicto in rem concepto alienare nemo rem potest, quippe quae ad omnes transit cum onere fideicommissi. Interdicto in personam concepto certae tantum personae eo comprehensae vetantur alienare, non item aliae. Eadem est divisio pactorum in *L. juris gentium* 7. §. 8. *de pact.*, *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam: in rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam; in personam, quotiens, ne a persona petam: id est, ne a Lucio Titio petam.* Ita interdictum in rem erit, si quis generaliter petat, ne res alienetur: erit in personam, si a *persona*, i. e. a Lucio Titio petam, ne alienet. De more veterum Jurisconsultorum fieri in rem dicitur, quod fit generaliter, & non designata persona, sicque illi definiunt actiones, exceptiones, interdicta, & nunciationem novi operis in rem. Sed non hoc uno, quod designata est persona, quae vetatur alienare, interdictum esse in personam dices. Ad totum orationis contextum animus est attendendus: magisque spectanda mens testatoris, quam verba. Huc facit, quod sequitur in cit. §. 8., *Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim (ut & Pedius ait) persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.* Finge scriptum, Heredes meos veto, ne bona mea alienent, ea enim volo in familia conservari. Hoc casu prior illa scriptura, *Heredes meos veto, ne bona mea alienent*, interdictum in personam continet; sed posterior, quae continuo subjicitur, *ea enim volo &c.*, facit, ut factum videatur interdictum in rem. Et vero manifestissimum est, eum, qui sic loquitur, familiae consultum velle: familiae autem non alias consuli, quam interdicta alienatione, donec fami-

familia duret. Idem multorum judicio dicendum est, si quis, nulla etiam facta mentione familiae, certum aliquid corpus alienare vetet, quod illustre, ac perpetuum sit familiae ornamentum. Dixi, certum corpus, nam si bona universa, partemve bonorum, in quibus est corpus illud, certas personas alienare testator vetat, interdictum erit in personam, ipsa enim ejus corporis confusio cum aliis conjecturam illam voluntatis excludit. Ex dictis colligitur, interdictum, quod in rem est, perpetuum esse, temporium vero, quod est in personam. Sed de interdicto illo perpetuo extat Justiniani Novella 159. Hierius quidam testamento ita caverat, *Suburbium nepoti meo dari volo, nulla licentia eidem concedenda, aut iis, qui vel ex hoc meo, vel ejusdem nepotis testamento in eadem jura successerint, ut idem suburbium divendant, permutentve, aut alicui donent, aut quocumque titulo alienent, propterea quod per omnia, & perpetuo velim permanere in mea familia, neque unquam de meo nomine egredi*. Ecce interdictum in rem. Et Justinianus tamen *cap. 2. ejus Novell.* interdictum illud ultra *quatuor generationes* produci vetat: tum *cap. 3. Haec*, inquit, *non tantum praesentis caussae decisio esto, sed & reliquarum, in quibus hujusmodi prohibitione facta tot successiones praeterierint*. Scio non fuisse Novellam istam apud multos Europae gentes receptam. Sed eam tanquam partem juris recepti Nostrates laudant, & nominatim de Marinis *Resolut. Lib. 1. cap. 131. num. 7.*, & Rodoerius in *citat. capit. mel.* 13. & 14. Eo tantum casu cessare Novellam ajunt, si qua verba sint perpetuitatem atque infinitatem significantia. Sed verba id genus in testamento Hierii non deerant: & ea tamen ultra quartum gradum non protenduntur. Ego igitur sic sentio, Novellam cessare, si manifestissime sit voluntas testatoris, veluti si interdicta in gratiam familiae bonorum alienatione jubeat, familia prorsus deficiente, bona aliis restitui ex fideicommisso.

Jam vero utitur Marcianus verbo *alienandi*: quod verbum quam late pateat, docet Justinianus in *L. ult. C. de reb. alienis non alien.*, *Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi: Similique modo & servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit*. Sed quod de ususfructus datione, ac servitutis impositione inquit Justinianus, id ita accipiunt interpretes, si ususfructus, aut servitus constituatur ad vitam ejus, cui conceditur, non si constituatur ad vitam concedentis, qui dato usufructu, aut imposita servitute, donec vivat, videtur jus suum, non jus aliorum fideicommissariorum transferre. *Vide Perezium in cit. tit. Cod. num. 5.* Idem Justinianus *Nov. 119. §. ult.* docet, testatoris praecepto de fundo legato non alienando etiam falcidiae deductionem contineri. Et vero deductionem falcidiae alienationem partis esse, manifestissimum est. Num heredis extranei institutio alienandi vocabulo comprehendatur, vetus quaestio est, quam egregie praeter caeteros tractat Faber *Lib. 14. conject. a cap. 6. ad 12.* Accursius, quem plerique interpretum sequuntur, comprehendi ait.

ait. In hanc sententiam vulgo laudantur *L. peto 69. §. fratre 3. de leg. 2.*, *& L. pater 38. §. fundum 3. de leg. 3.* Rectius Faber duos casus distinguit, alterum, si praecepto de non alienando addita sint verba fideicommissi, veluti si testator velle se dicat, bona in familia conservari, aut nunquam de suo nomine exire: alterum, si satis habeat bonorum alienationem prohibere. Et posteriore hoc casu alienandi vocabulo comprehendi negat heredis extranei institutionem, quae proprie non est alienatio, unde *alienare, & exterum heredem instituere* separantur in *cit. L. 69. §. 3. de leg. 2.*: priore illo ait comprehendi propter expressam testatoris voluntatem. Movetur Faber Papiniani loco in *L. qui solidum 78. §. praedium 3. de leg. 2.*, *Praedium pater de familia liberorum alienari, verbis fideicommissi prohibuit. Supremus ex liberis, qui fideicommissum petere potuit, non idcirco minus actionem in bonis suis reliquisse visus est, quod heredem extrarium sine liberis decedens habuit.* Et, qui supremus sine liberis decessit, heredem extrarium instituere permittitur, non aliis. Cur autem aliis non permittatur, ea caussa est, quod pater alienari bona prohibuit adjectis *verbis fideicommissi*. Movetur itidem iis ipsis locis juris, quae laudant Accursiani; namque ideo prohibitus alienare vetatur extraneum heredem instituere, quia apud Papinianum in *cit. §. fratre 3.* testator non solum petierat, ne *domus alienaretur*, sed etiam *ut in familia relinqueretur*: itidemque apud Scaevolam in *cit. §. fundum 3.* praecepto de non alienando verba haec addiderat, *Ita enim fiet, ut fundus de nomine vestro nunquam exeat.*

Demum ait Marcianus, *liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis*: quae verba certas personas, aut incertas quidem, sed ex certo genere designant: quod omnino est necessarium, quo valeat praeceptum de non alienando. Hinc se facile exserit ratio ejus, quod a Scaevola responsum in *L. pater 38. §. 7. de leg. 2.*, *Mater filios heredes scripserat, & adjecit: praedia, quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex caussa abalienent, sed conservent successioni suae, deque ea re invicem sibi caveant, ex his verbis quaesitum est, an praedia per fideicommissum relicta videantur. Respondit, nihil de fideicommisso proponi.* Praedia mater reservari voluit *successioni*, h. e. successoribus filiorum suorum: hi autem incerti erant, & ex genere incerto: proinde matris praeceptum pro nudo habitum, Ita Cujacius in *cit. §. Divi*. Quod idem Cujacius scribit in *cit. L. 38. §. 7.*, ideo Scaevolam respondisse, nihil de fideicommisso proponi, quia quum mater filios de ea re invicem sibi cavere voluisset, non videbatur serio voluisse fideicommittere; id vix est, ut cuiquam probetur. Τὸ *nulla ex caussa* serio matrem voluisse ostendit, ne praedia e successione filiorum exirent, & consequenter fideicommittere voluisse: cautio autem illa, cujus necessitatem filiis imposuit, certum illum animum luculentius confirmat. Quod vero successorum prorsus incertum est genus, ideo matris praeceptum, quum de non alienando, tum de cavendo nudum praeceptum est.

CAPUT VI.

VERBA CONSILII.

Fideicommissum secundum ea, quae dicta sunt, obligatorium est: consilii nulla est obligatio, *L. consilii* 47. *de reg. jur.* Fit autem interdum, ut testator verbis utatur, quae sunt quandoque consilii verba, quandoque etiam fideicommissi, veluti *mando*, & similia. Consilium a fideicommisso separabis hac regula. Qui sic loquitur, ut de sua ipsa re statuat, is certe fideicommittit: qui sic loquitur, ut alteri potius demonstret, quemadmodum de ejus re statui expediat, is certe consilium dat. Regulam illustrant duo Pandectarum loci, alter Pauli, alter Papiniani. Ait Paulus in *L. qui filium* 74. *ad Trebell.*, *Qui filium, & filiam habebat, testamentum fecit, & ita de filia sua caverat, mando tibi non testari, donec liberi tibi sint. Pronunciavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret.* Contra Papinianus in *L. quum pater* 77. §. *mando* 24. *de leg.* 2., *Mando*, inquit, *filiae meae pro salute solicitus ipsius, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere. Fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit.* Fere eadem verba sunt in utroque testamento: & judicio tamen Pauli fideicommissum continent: judicio Papiniani consilium continent, non fideicommissum. Sed discriminis ratio haec est. Qui filiae fratrem habenti mandat non testari, donec liberi ei sint, videtur id fratris gratia mandare, sicque de sua ipsa re testatur, instituto in fratris gratiam fideicommisso. Neque obstat, quod praeceptum, quo quis testari vetatur, tanquam contrarium juri publico, sit pro non scripto, namque, uti scite Cujacius in *cit. L.* 77. §. *mando*, id verum est, si directo heres testari prohibeatur, non si interdictum eo spectet, ut bona ad alios transeant ex fideicommisso. In specie autem Papiniani vetat pater filiam testari non alterius, sed filiae ipsius gratia: quo illud pertinet, *pro salute solicitus ipsius*, itemque illud, *ita enim poterit sine periculo vivere*. Ita non de sua ipse re statuit, nec filiae adimit arbitrium testandi, sed filiam monet, ne quoad ei liberi non sint, faciat testamentum. Hinc subjicit Papinianus, *Quod non de pecunia sua testari, sed obtentu consilii derogare juri, testamentum fieri prohibendo, voluit.* Olim mulieres tantum per nuncupationem testatas, veterum nonnullorum testimonio probat Merillius *Obs. Lib.* 2. *cap.* 1., tum facile explicat quid illud esset, quod in specie Papiniani pater timeret. Verebatur is, ne heredes, quos filia palam nuncupaverat, metuentes, ne testamentum mutaret, ejus vitae insidias ponerent. Regulam alteram proponit Chifletius *de jur. fideic. Lib.* 3. *cap.* 16. in haec verba, *Fideicommissum est, non consilium, quoties ii, quorum respectu datur consilium, nominantur, aut demonstrantur.* Regulam confirmat Scaevolae loco in *L. Lucius* 88. §. *matre* 16. *de leg.* 2., *Matre & uxore heredibus institutis ita cavit. A te uxor carissima peto, ne quid post mortem tuam fratribus tuis relinquas: habes filios sororum tuarum, quibus relinquas. Scis, unum fratrem tuum, filium nostrum occidisse, dum ei rapinam facit,*

 sed

sed & alius mihi deteriora fecit. Quaero, quum uxor intestata decessit, & legitima ejus hereditas ad fratrem pertineat, an sororis filii fideicommissum ab eo petere possunt? Respondi, posse defendi, fideicommissum deberi. Rapinam facere interpretantur hoc loco nonnulli, quorum numero est Gothofredus, rapas serere, aut locum iis serendis parare. Verum quid vetat, ne *rapinam facere* secundum vulgarem significationem interpretamur *rapere*, ut apud Tullium ad *Att. lib.* 14. *epist.* 145. Sed rem ipsam agamus. Verba, *Habes filios sororum tuarum, quibus relinquas* certe consilium continent: quod vero demonstrantur ii, quorum respectu consilium datur, (hi sunt filii sororum) posse defendi ait Scaevola fideicommissum deberi. Confirmat iisdem loco Vlpiani in *L. fideicommissa* 15. §. *haec verba* 9. *de leg.* 3., *Haec verba, te fili rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, ut possint ad filios tuos pervenire, licet non satis exprimunt fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi: tamen ea praedia in nepotibus post mortem patris eorum vim fideicommissi videntur continere.* Hoc etiam loco demonstrantur ii, quorum respectu consilium datur; suntque testatoris ex filio nepotes. Ego Chifletianam istam regulam omnino falsam pronuncio; nulla enim potest ratio inveniri, cur eorum demonstratio, quorum respectu consilium datur, facere debeat, ut nudi consilii verba contineant fideicommissum. Verbis iis apud Vlpianum in *L. testatorem* 68. §. 1. *de leg.* 3., *Curate agros attendere, & ita fiet, ut filius meus filios vestros vobis condonet*, demonstrantur ii, quorum respectu consilium filio datur; & negat tamen Vlpianus fideicommissum peti posse. Porro verbis iis apud Scaevolam in *L. generali* 32. *de usu & usufr. leg.*, *Fundi proprietatem puto te consequuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaveris*, demonstratur persona, cujus respectu consilium datur: & respondit tamen Scaevola, nihil proponi, cur ei proprietas fundi relicta videretur. Duo haec juris loca faciunt, ut Chifletianam regulam sanus nemo sequatur. Sed rationem invenire, cur Scaevola, & Vlpianus in *cit. L.* 88. §. 16., *& cit. L.* 15. §. 9. fideicommissum deberi scripserint, res est multae operae, ac laboris. De Vlpiano meum judicium hoc est. Scripserat testator, *Te fili rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas.* Certe haec sunt verba fideicommissi. Addiderat & haec testator, *Ut possint ad filios tuos pervenire.* Haec magis consilii verba sunt, quam fideicommissi: quod vero adnectantur verbis fideicommissi, quae proxime praeeunt; eo fit, ut vim habeant fideicommissi: alioqui frustra testator filium de praediis curandis tam enixe rogasset. Preces istae voluisse testatorem probant praedia nepotibus conservari. Quod autem ad Scaevolae locum pertinet, ad tempus sublisto; nam quae Accursius, aliique quum veteres, tum recentiores ejus loci interpretes habent, ea sunt omnia meo judicio inepta.

COM-

COMMENTARII
PARS III.

DE REGULIS, QUIBUS FIDEICOMMISSA DEFERUNTUR.

Tertia haec pars Commentarii ad fideicommissa pertinet, quae pluribus relinquuntur nomine collectivo comprehensis, veluti familiae, aut cognationi. Regulae autem, quibus deferuntur, sunt in *L. omnia 32. §. in fideicommisso 6.*, *L. peto 69. §. fratre 3. de leg. 2.*, ac similibus. Ait Modestinus in *cit. L. 32. §. 6.*, *In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt: aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint: nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*. Testatorem fingit Cujacius a filio herede scripto petiisse ne domus alienaretur, sed ut ea Lucio Titio, & Lucio Cuspidio aliisque ex eadem familia relinqueretur. In hac specie, quum fideicommissi dies cedit, ad petitionem admitti inquit primum eos, qui nominati sunt, tum alios, servata gradus praerogativa: Sed longe alia est species ejus loci ex sententia veterum, A testatore relictam familiae domum veteres ponunt nulla intercedente opera heredis, veluti hac formula, *Domum familiae relinquo*, aut hac *familiam substituo*: & ita loquitur Modestinus, *In fideicommisso, quod familiae relinquitur*. Quam speciem verbis Modestini Cujacius affingit, eam diserte tractat Papinianus in *cit. L. 69. §. 3.*, *Fratre herede instituto, petiit ne domus alienaretur; sed ut in familia relinqueretur: si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo, si non sint ejusdem gradus, ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus, nec tamen ideo sequentium caussa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere*, (heredi, vel heredi heredis, ut in *L. unum ex familia 67. §. 5. & 6. de leg 2.*) *se familiae domum restituturum. Quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata*, (h. e. si heres per errorem non exegerit cautionem) *nulla quidem eo nomine nascetur condictio* (subaudi indebiti, quasi heres, qui non exacta cautione praestitit fideicommissum, indebitum solverit: quod verum non est, quia cautionis praestandae necessitas solutionem tantum moratur, non etiam indebitum facit, uti eleganter Cujacius in *cit. §. 3.*), *sed, si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto juste desiderari: quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit*. Verba, *petit ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur intelligi* non possunt, nisi itidem intelligas, *heredis opera opus esse*.

Mul-

Multis autem differre alteram ab altera specie communis veterum opinio est apud Fabrum *L.* 14. *Conject. cap.* 14. & 15. Quum testator fideicommissum non interposita heredis opera relinquit, fideicommissum est purum, multiplex, &, ut nostrorum verbo utar, *graduale*: purum, quia nulla ei conditio inest: multiplex, quia quot sunt personae, tot sunt fideicommissa: *graduale*, quia de gradu in gradum defertur in infinitum. Contra quum testator interposita heredis opera fideicommissum relinquit, fideicommissum est conditionale; inest enim ei conditio, si alienetur: nec multiplex est, quia potest heres vel unum ex familia eligere: nec *graduale*, quia ordinem graduum pervertere non prohibetur: non servata autem conditione extra familiam non alienandi, incipit esse multiplex, & *graduale*: atque hoc est fideicommissum illud, quod *contraventionale* vulgo appellatur.

Haec, quae ab interpretibus traduntur, vera esse, paucis demonstrabo. De fideicommisso puro certe loquitur Modestinus in *cit. L.* 32. §. 6.: illud autem *multiplex* esse ostendit eo verbo, *Ut ad petitionem ejus admitti possunt, qui ex nomine defuncti fuerint*: esse itidem graduale ostendit eo verbo, *Et qui ex his primo gradu procreati sint*. De fideicommisso conditionali loquitur Papinianus in *cit. L.* 69. §. 3., eique conditionem non alienandi inesse ostendit scribens, eos qui in familia sunt sub ea conditione ad petitionem admitti, si domum heres extra familiam alienaverit. Porro illud nec *multiplex*, nec *graduale* esse ostendit Marcianus in *L. filiusfam.* 114. §. *quum pater* 15., & §. *sed si omnes* 17. *de leg.* 1.; proposita enim §. 15. fideicommissi conditionalis formula, haec subjicit §. 17., *Verum est in familia reliquisse, licet uni reliquisset*. Demum non servata conditione incipere esse *multiplex*, & *graduale* ostendit idem Papinianus scribens; eo casu omnes, qui in familia sunt, petere fideicommissum posse, sed, ne omnibus admissis fideicommissum inutile fiat, ita rem temperari debere, ut proximus quisque videatur invitatus; nec tamen ideo sequentium caussam propter superiores in posterum laedi. Hoc idem confirmant quae Papinianus subjicit de cautione ab eo praestanda, qui tanquam proximior admittitur, se rem fideicommisso subjectam familiae restituturum: quam cautionem juste desiderari ait *ratione doli mali exceptionis*, (h. e. opposita petenti fideicommissum exceptione doli mali) *quamvis nemo alius ulterior ex familia superstit*, quia, ut rectissime Cujacius, alii subnasci possunt. Quae Faber contra disputat *cit. cap.* 14., ea collatis suprascriptis Modestini, ac Papiniani locis facile refelluntur.

Ex hactenus dictis facile est regulas nosse, quibus deferuntur fideicommissa. Sunt autem hae: Conditionale fideicommissum ei defertur, quem is elegerit, a quo relictum est, dum tamen qui eligitur, sit de genere vocatorum. Fideicommissum sive ab initio purum, multiplex, & *graduale*, sive multiplex, & *graduale* ex postfacto, iis defertur, quibus hereditas ab intestato.

Suboritur questio, num proximus sit is, qui testatori, a quo fideicommissum est institutum, an qui proximus est possessori ultimo decedenti. Quaestioni est locus, quum de voluntate testatoris non constat. Bartolus, Baldus, & plerique antiquiorum testatori proximum praetulerunt: cumque iis

iis sensit Faber *de err. Pragm. dec.* 54. *err.* 7. Contra ultimo decedenti proximum praetulit Bartholomeus Socinus, cui ab Alciato subscriptum in *L. pronunciatio* 195. §. *familiae* 2. *de V. S.* In utramque sententiam laudantur *cit. L.* 32. §. 6. , *& cit. L.* 69. §. 3. *de leg.* 2., quod argumento est, nihil utroque juris loco definiri. Et definitur certe nihil. Est igitur sola ratione pugnandum. Et opinioni quidem Socini ea favet ratio, quod in fideicommissis succeditur, ut in hereditatibus, quae ab intestato deferuntur; in his autem praefertur, qui proximior est ultimo morienti. Ex adverso opinioni Bartoli ea favet, quod in fideicommissis testatori succeditur, qui fideicommissum instituit, non possessori fideicommissi. Socini opinio receptior est in foro, & mihi rem ad juris regulas exigenti potior videtur. Et vero scriptum est apud Celsum in *L. qui quadraginta* 2. *D. ad Trebell.*, heredem, a quo fideicommissum relictum est, hoc *rogatum intelligi*, ut fideicommissarium *suo loco constituat* : Ergo fideicommissarius locum ejus subit, a quo accipit fideicommissum: est autem rationi consentaneum, ut ejus locum subeat, qui ei proximior est. Ita non obstat, quod in fideicommissis testatori succeditur; nam succedit quidem fideicommissarius testatori, quia ex voluntate testatoris succedit; sed succedit tamen subeundo locum alterius; sicque testatori non *immediate* succedit. Quin quum testator possessorem fideicommissi praetulerit, huic proximiores intelligitur praetulisse.

Jam ordo iste graduum servandus est, nisi quos nominaverit testator. A testatore nominatos aliis praeferri, ait Modestinus in *cit. L.* 32. §. 6.: cujus rei ratio ex communi usu petenda est. Plerumque quos magis diligimus, eos proprio nomine vocamus. Num autem a testatore specialiter nominati ordine scripturae praeeant, an sequantur collectivo nomine vocatos, ut in hac formula *substituo familiam*, *& Gajum*, *ac Seium*, nihil referre docent Bartolus, Castrensis, Alciatus, aliique apud Fusar. *de subst. quaest.* 359. *num.* 3. ; nam praesuntio ex speciali nominatione enascens multo est vehementior ea, quae enascitur ex ordine scripturae: Argumentum, quod illi in eam rem ducunt ex *L. quotiens* 34. *de usufr.* mirum quam leve est. *Quotiens*, inquit Julianus, *duobus ususfructus legatur ita, ut alternis annis utantur, si quidem ita legatus fuerit Titio, deinde Maevio legatum datum*. Quis non videt, praeferri Titium, quia & specialiter nominatur, ut Maevius, & praeit etiam ordine scripturae? Idoneum argumentum posse ex eo duci videtur, quod ordo scripturae non semper ex certo scribentis consilio proficiscitur: specialis autem certi hominis nominatio ut plurimum est propensae in eum voluntatis indicium.

Jam prope exciderat discrimen aliud inter purum, & conditionale fideicommissum. Purum nullo gradu concluditur: conditionale non ultra quartum protenditur ex nova Justiniani constitutione in *Nov.* 159, de qua *vid. a nobis dicta Parte* 2. *hujus commentar. cap.* 5.

Finem tertiae huic parti imponat altera Justiniani Constitutio in *L. ult. C. de verb. sign.*, ubi in legatis, & fideicommissis, sive puris, sive conditionalibus familiae relictis, quae sit istius vocabuli vis, exponit his verbis, *Si quis per suum elogium* (elogium pro testamento saepe ab Justiniano usurpatum: suntque apud Brissonium exempla) *fideicommissum familiae reli-*

lique-

liquerit, (ecce fideicommissum purum) *nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos*, (h. e. liberos, parentes, cognatos exemplo legitimae successionis) *sed etiam his deficientibus, generum, & nurum*; (Est id praeter regulas legitimae successionis; namque affinitatis jure nulla successio est) *eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari: ita videlicet, si matrimonium morte filii, vel filiae fuerit dissolutum; nullo etenim modo possunt gener, vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, quum hi procul dubio eos antecedant: & hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant*. (Libertos nomina patronorum accepisse, Tertulliani, & Lactantii testimoniis docet Cujacius *in cit. L. ult.* Erant igitur de nomine, ac familia patronorum) *Hoc eodem valente & si quis rem immobilem cuidam legaverit, vel fideicommiserit, eamque alienare prohibuerit, adjiciens, ut si hoc fideicommissarius praeterierit, familiae suae res adquiratur*: quae postrema verba ad conditionale fideicommissum referri, manifestissimum est.

COMMENTARII

PARS IV.

DE CAUSSIS, QUIBUS FIDEICOMMISSA MINUUNTUR, AUT PEREUNT.

Multae sunt caussae, quibus minui, aut perire possunt fideicommissa Singulas singulis capitibus expendam.

CAPUT I.

AES ALIENUM TESTATORIS.

Haec potissima est caussa, qua recte alienantur bona subjecta fideicommisso, & fideicommissum minuitur, aut, si parte alienata creditoribus fieri satis non potest, omnino perit. Agit de hac re Marcianus in *L. filiusfam.* 114. §. *Divi* 11. *de leg.* 1., quem locum *Par.* 11. *hujus Commentar. cap.* 5. exposuimus. Addendum hic, quod scriptum est apud Scaevolam in *L. pater filium* 38. *pr. de leg.* 3., ubi proposita clausula, qua pater filium heredem praedia alienare prohibuerat, sed conservari liberis, caeterisque cognatis fideicommiserat, quaesitum ait, *quum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores distraxisset, an emtores qui fideicommissum ignoraverunt, bene emisent*: & responsum inquit, *recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset*. Recte monent interpretes hujus loci, in verbis, *qui fideicommissum ignoraverunt*, momenti nihil esse, quum enim pro hereditariis creditoribus dimittendis bona fideicom-

commiſſo ſubjecta veneunt, bene ſemper emunt emtores, ſive fideicommiſſum ignorent, ſive ſciant: cujus rei ea eſt ratio, quod non alias fideicommiſſo eſt locus, quam deducto aere alieno, proinde ſcientia fideicommiſſi, quod jure non eſt fideicommiſſum, non eſt mala fides. *Cujac. in cit. L.* 38. Quod multi hoc ipſo Scaevolae loco moti docent apud Fuſar. *de ſubſt. quaeſt.* 541. *num.* 11., bona fideicommiſſo ſubjecta tum demum jure venire, quum creditores inſtant; id quemadmodum poſſit ex eo loco colligi non video. *De creditoribus dimittendis, ac debito exſolvendo* loquitur Jurisconſultus: dimitti autem creditores, exſolvique debita recte dicuntur, ſive creditores inſtent, ſive non. Id unum convenit officio boni patrisfam., qualem in rebus fideicommiſſo ſubjectis gerere ſe heres debet, ut bona fide, & non in fraudem eorum, qui ad fideicommiſſum vocantur, debita exſolvat: huic autem officio deeſſet, ſi creditores dimiſſurus, quibus nullae, aut leviores uſurae ſolvuntur, praedia venderet, quae multo uberiores fructus ferunt. Exceptionem ſubjicit Scaevola, *ſi non erat aliud in hereditate, unde heres debitum exſolviſſet*. Ergo ſi diſtractis mobilibus exſolvi debitum poterat, argumento ducto a contrario ſenſu, dicendum eſt, ſi diſtracta ſint praedia, non recte contractum, nec bene ab emtoribus emtum, adeoque jus eſſe liberis, cognatisve fideicommiſſum perſequi adverſus emtores, habet enim, ut bene Cujacius, perſequutio fideicommiſſi effectum vindicationis. Porro quum ex eo, quod Scaevola certum corpus fideicommiſſo ſubjectum ponit, tum ex ſupraſcriptis verbis, *ſi non erat aliud in hereditate*, verum eſſe intelligis, quod ſatis multi docent apud eundem Fuſarium *num.* 19., non bene contractum, ſi aliae res erant in hereditate non ſubjectae fideicommiſſo.

Debitorum, quae ipſe fideicommiſſi poſſeſſor contraxit longe alia eſt ratio. Et miror ſane a non paucis traditum apud Fuſar. *quaeſt.* 542. *num.* 1. licere etiam pro exſolvendis debitis poſſeſſoris fideicommiſſi bona fideicommiſſo ſubjecta alienari. Quid magis abſurdum? Si id admiſeris, quis eſt, qui non facile aes alienum contraheret impune illudens voluntati teſtatoris? De *hereditariis creditoribus* dimittendis loquitur Scaevola in *cit. L.* 38. *pr.*: dici autem *hereditarii* non poſſunt creditores poſſeſſoris fideicommiſſi. Fraudi tot interpretibus fuit mendoſa lectio jam ſuperius expoſita, *L.* 114. §. *Divi* 11. *de leg.* 1., *ſi propter heredis creditores bona teſtatoris venirent*: pro quibus legendum dixi, ut in libro Florentino, *ſi heredis propter teſtatoris creditores bona venirent*.

C A P U T II.

LEGITIMA, ET TREBELLIANICA.

AD debita teſtatoris proxime accedunt legitima, ac Trebellanica; quid enim intereſt, num aliquid facto ipſius teſtatoris, an jure debeatur. Ergo ſi hereditas tota ſit fideicommiſſo ſubjecta, aut tanta ejus pars, ut ex reliqua deduci legitima, aut trebellianica non poſſit, alienari, aut adjudicari tanta bonorum pars poteſt, quanta in eam rem eſt opus,

 ac

ac si forte contigerit alienasse heredem partem bonorum; hanc ei pro ea parte, quae legitimae, aut trebellianicae respondet, in legitimam, aut trebellianicam imputari est aequum, *L. Marcellus 3. §. res quae 3. ad Trebell.* Non erit tamen deductionibus istis locus, si testator vel trebellianicam deduci prohibuerit, vel ipsam legitimam subjecerit fideicommisso, adhibita cautela, quam dicunt Socini, heresque adierit hereditatem. Sociniana autem cautela in eo est posita, ut testator legitimam subjiciat fideicommisso, heredisque arbitrio permittat aut hereditatem non deducta legitima adire, aut legitimam quidem deducere, sed reliquis bonis abstinere. Ita non facit is contra leges, quae onus legitimae imponi non sinunt, *L. quoniam in prioribus 32. C. de inoff.*

CAPUT III.

DOS, ET DONATIO PROPTER NUPTIAS.

PRoxime etiam absunt a debitis testatoris dos, & donatio propter nuptias; *Neque enim Leges incognitae sunt*, ait Justinianus in *L. ult. C. de dot. promiss.*, *quibus cautum est, omnino paternum esse officium dotem, vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie*. Pertinet ad hoc Caput *Auth. res quae C. comm. de legat.*, quae desumta est ex Justiniani *Nov. 39. Res, quae subjacent restitutioni*, id est fideicommisso, *prohibentur alienari quidem, vel obligari. Sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis, sive donationis propter nuptias obligationem: permittitur res praedictas in eam caussam alienare, vel obligare pro modo honestati personarum congruo. Ea enim quae communiter omnibus prosunt; his, quae specialiter quibusdam utilia sunt, praeponimus.* Igitur pro dote, aut propter nuptias donatione constituenda, non minus quam pro hereditariis creditoribus dimittendis recte alienantur bona fideicommisso subjecta. Sed huc quoque transfer exceptionem a Scaevola propositam in *cit. L. 38.*, *Si non erat aliud in hereditate*. Et vero dos, aut donatio propter nuptias aeris alieni est loco: non est potior aere alieno. Hoc ipsum in ipsa *Auth.* diserte exprimitur iis verbis, *si liberis portio legitima non sufficit*. Ergo si ad dotem, donationemve propter nuptias legitima est satis, bonis fideicommisso subjectis est omnino abstinendum.

De liberis loquitur *Authentica*, h. e. de omnibus descendentibus, quibus constitui ab adscendentibus dos, aut propter nuptias donatio debet. Sed quemadmodum cessat *Authentica*, si aliud sit in hereditate fideicommittentis, unde dos, aut propter nuptias donatio filiis constituatur; ita eam cessare est aequum, si de ejus nepte dotanda agatur, sitque aliud in bonis patris, unde dotetur. Hanc ego sententiam in scholis, & foro receptissimam sequor; sed vix est tamen, ut rationem, cur ita placuerit, probem. Ejus rei rationem hanc vulgo adferunt apud Fusar *quaest. 531, num. 12.*, quia non tenetur avus dotare neptem, quam commode potest pater dotare de suo; nonne enim jure civili debet avus paternus neptem in potestate constitutam dotare, quamvis ea sit dives, patremve divitem habeat? Ita non obscure docet Celsus in *L. dotem 6. D. de collat. bon.*

Ve-

Vera ratio videtur mihi haec, quod morte avi solvitur jus potestatis, in qua erat neptis, atque haec esse incipit in potestate patris. Ita huic ex eo tempore incumbit onus dotandi de suo: quod si de suo non possit, de bonis avi ut ut fideicommisso subjectis dotabit ex praesumta voluntate ipsius avi, de quo dici haud inepte potest, quod de patre scribit Ulpianus in *L. mulier* 22. §. *quum proponeretur* 4. *D. ad Trebell.* A patre rogatam filiam ponit Ulpianus, ut sine liberis decedens restitueret Titio hereditatem: eamque dotem marito dedisse certae quantitatis: mox decedentem sine liberis heredem instituisse maritum. Quum autem quaereretur, an dos detrahi posset, respondit Ulpianus, *non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod & mulieris pudicitiae, & patris voto congruebat.* De pudicitia neptis non minus avum satagere credendum est: idemque de quovis alio adscendente esse judicium debet. Ex iisdem Ulpiani verbis magnum videtur mihi argumentum duci ad confirmandam sententiam eorum, qui de fideicommissis adscendentium detrahi posse ajunt etiam dotes secundo nubentium, si primae dotes perierunt: itemque dotes earum, quae monasticam vitam profitentur.

Quod *Authentica* de liberis loquitur, ex eo confice, eam esse intelligendam de fideicommisso ab adscendentibus instituto: ac proinde fideicommissa lateralium, dotis, donationisve propter nuptias caussa non minui. Qui fideicommissa lateralium eodem cum fideicommissis adscendentium jure censent, ii vim faciunt verbis Legis. Id unum dici probabiliter potest, de fideicommisso fratris dotes detrahere sororem consanguineam, quae nubere aliter non potest; namque hoc casu videtur frater teneri eam dotare, *arg. L. quum plures* 12. §. 3. *de admin. tut.*, ubi ait Paulus, *Sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit; nam & si honeste, ex liberalitate tamen fit.* De sorore uterina inope loquitur Paulus. Ergo contra videtur sensisse de consanguinea. Si hoc idem de consanguinea sensisset, non sine vitio addidisset τὸ *alio patre natae.*

Sed non una paternorum, maternorumque adscendentium ratio est. De fideicommissis adscendentium maternorum regulariter non detrahuntur dotes, quia regulariter ii onus dotandi non habent. Detrahuntur igitur eo tantum casu, quod id oneris ferre deberent: ferunt autem in subsidium, h. e. quum paterni adscendentes inopia laborant. Et quamvis id de sola matre cautum videatur, *L. ult. C. de dotis promiss.*, tamen de caeteris etiam maternis adscendentibus receptum est *propter affectionem personarum*, ut Paulus inquit in *L. Gajus Sejus* 45. *D. soluto matrim.*, & propter *votum* illud, de quo Ulpianus in *cit. L.* 22. §. 4. *ad Trebell.*

Nunc facile est respondere quaerenti, num cesset *Authentica* si testator alienari bona vetat etiam ex caussa dotis: quod genus interdicti solenne est in fideicommissis, quae in gratiam masculorum ex masculis instituuntur. Vetus haec est quaestio, & magnus est affirmantium, nec minor negantium numerus, de quo vide Fusarium *Quaest.* 531. *num.* 67. & 71. Qui affirmant, eo moventur, quod *Authenticae* ratio non aliunde petenda est, quam ex conjectura voluntatis, *arg. cit. L.* 22. §. 4. *ad Trebell.*: non est autem conjecturae locus, quum expresse testator caussam dotis excludit.

 Quod

Quod si de feminis agatur, quibus debetur legitima, testatorem posse ajunt reliquis ultra legitimam bonis onus imponere, quod velit. Qui negant id urgent, quod initio *h. capit.* demonstratum est, dotes loco esse aeris alieni: unde consequitur, quemadmodum non potest debitor prohibere, ne debitum exsolvatur, ita non posse fideicommittentem vetare, ne bona dotis caussa alienentur: porro dotes ex necessitate juris, non ex conjectura voluntatis deberi. Nec quidquam obstare ajunt, quod dicitur de reliquis ultra legitimam bonis; nam congruae esse dotes debent: quales interdum supra legitimam sunt: quo spectat, quod in *cit. Auth.* scriptum est, *si liberis portio legitima non sufficit ad dotis obligationem, permitti res praedictas* (h. e. fideicommisso subjectas) *in eam caussam alienare*. Ego vero adhibendam esse distinctionem reor; aut testator est de numero eorum, qui dotare tenentur, aut de numero eorum qui non tenentur quidem dotare, velle tamen dotare praesumuntur, secundum ea, quae de paternis, maternisve adscendentibus dicta sunt. In testamentis eorum, qui dotare tenentur, interdictum ne bona dotis caussa alienentur, prorsus inutile est; quum enim dos loco sit aeris alieni, nolle dotem dare, idem est ac nolle debitum exsolvere: quod non liberat debitorem. At in testamentis eorum, qui licet non teneantur dotare, praesumuntur tamen id velle, interdictum illud valere non ambigo, pendet enim dos ab eorum voluntate, quam expressa verba prorsus excludunt.

Jam quibus casibus ex bonis fideicommisso subjectis dotes debentur, sunt hae boni viri arbitrio, quod est judicis arbitrium constituendae; constitui autem jubet *Authemica*, *pro modo honestati personarum congruo*. Modi istius uberior est explicatio apud Celsum in *L. quaero* 60. *D. de jure dot. Modus*, inquit Jurisconsultus, *ex facultatibus, & dignitate mulieris, maritique statuendus est*: quibus adde morem regionis, qui in dotibus taxandis plurimum valet.

Reliquum est, ut videamus, num *Authentica*, quae de constitutione dotis loquitur, produci ad dotis restitutionem possit, hoc est, num pro dote restituenda recte alienentur bona fideicommisso subjecta. Plerique interpretum affirmant: sicque pluries judicatum, & vix est, ut hodie, si casus inciderit, aliter judicetur. Laudant receptissimae istius sententiae Assertores *citat. Novell.* 39. Sed Novellam serio seduloque legenti patebit, nihil ea cautum de dotis restitutione. Solis igitur conjecturis transigenda res est. Duae autem sunt conjecturae, quibus communis ista opinio innititur. Alteram suggerit Callistratus in *L. quum servus* 82. *de cond. & dem.*: alteram ipsa *Auth. res quae*. Apud Callistratum scriptum est, testatorem *intelligi, quod ipse vivens facturus sit, ab heredibus suis fieri jussisse*: certe autem testator, si viveret, bona sua pro restitutione dotis alicui ex liberis suis promissae, aut traditae obligari, atque alienari pateretur. Porro in *cit. Auth.* scriptum est, *Ea enim, quae communiter omnibus prosunt, his, quae specialiter quibusdam utilia sunt, praeponimus*: quibus verbis significatur publicam esse caussam dotis, nam publice interest nuptias contrahi, quae sine dote minus facile contraherentur: contra privatam esse caussam fideicommissi: quae autem est nuptiarum contrahendarum difficultas, si dos de-

desit, eadem est, si de dote restituenda non potest tuto caveri. Contra communem istam sententiam pugnat paucos quosdam sequutus Andreas *Fachin. Controv. Lib.* 4. *cap.* 47. hoc uno argumento, quod donationem propter nuptias, dotemve pater filio, filiaeve constituere tenetur: unde in filii, filiaeve fraudem bona subjicere non poterat fideicommisso: restituere autem non tenetur dotem, quam post ejus obitum filius accepit. Confirmat id Ulpiani loco in *L. si quum dotem* 22. §. *transgredimur* 12. *D. sol. matr.*, ubi scriptum est, *Si filiusfamilias sit maritus, & dos socero data sit, adversus socerum agetur. Plane si filio data sit, si quidem jussu soceri, adhuc absolute socer tenebitur. Quod si filio data sit, non jussu patris, Sabinus, & Cassius responderunt; nihilominus cum patre agi oportere; videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium: sufficit autem ad id damnari eum, quod est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit, cum marito non poterit experiri, nisi patri heres exstiterit.* Ecce, ait Fachineus, dotis restituende onus patri non alias incumbit, quam si aut pater filii peculium habeat, aut sive ipsi patri, sive filio jussu patris data dos sit. Quod si praeter istos casus dotes restituere non tenetur pater, multo minus tenentur qui supra patrem sunt. Sed locus iste Ulpiani ad rem non facit; namque in specie Ulpiani omnino ponendum est, praeter propositos casus teneri restituere filium, qui possit restituere de suo: in specie autem nostra de bonis fideicommisso subjectis tum demum restitui dotes ajo, quum alia deficiunt bona ejus propria, cui solutae sunt dotes. Duae illae, quas proposui, conjecturae satis idoneae videntur. Sed his ego tertiam addo. Qui bona subjiciunt fideicommisso, id faciunt, ut familiae, adgnationi, cognationive quam optime consulatur: proinde ii familiam, adgnationem, cognationemve ipsam quam potest diutissime conservari volunt: quod vero non alias, quam contractis nuptiis conservantur, nec facile contrahuntur nuptiae, si aut dos deficiat, aut de dote restituenda non possit caveri, eos id etiam velle necesse est, ut sua bona, si desint alia, quum pro constituenda, tum pro restituenda dote alienentur.

Hactenus dicta intellige de fideicommisso ab adscendentibus, non a lateralibus instituto: & ab adscendentibus quidem paternis, non maternis, Sed quo casu adscendentium maternorum fideicommissis dotium constituendarum onus incumbere diximus, sive propter necessitatem juris, sive propter affectionem, votumve eorum; eo ipso casu onus etiam incumbere dotium restituendarum probabiliter puto, Peregrinum, aliosque non incelebres interpretes sequutus.

C A P U T IV.

UTILITAS FIDEICOMMISSI.

MUlta sunt, quae gesta contra jus, tuetur utilitas. Id multis exemplis illustrat Tiraquellus *de Legibus connub. gloss.* 8. Ecce ego unum adsero. De alimentis transigi citra Praetoris auctoritatem non potest, *L. quum*

quum hi 8. *pr. de transact.*; si tamen alimentarius inscio quidem Praetore transigat, sed meliorem faciat conditionem suam, valere transactionem scribit Scaevola in *cit. L.* 8. §. 6.: ex quo loco recte colligit Accursius, alienationem bonorum minorum, aut Ecclesiae, si minoribus, aut Ecclesiae utilis appareat, valere ut ut factam non ex publica auctoritate: secundum quam sententiam saepissime judicatum. Ita alienationem bonorum fideicommisso subjectorum utilitas fideicommissi tuetur. Fideicommissi, inquam, non hujus, illiusve possessoris fideicommissi. Qui contra sentiat, inveni profecto neminem. Communem istam opinionem pulchre meo judicio confirmat Vlpianus in *L. mulier* 22. §. *quum proponeretur* 4. *D. ad Trebell.*, ubi ratam habet deminutionem bonorum fideicommisso subjectorum, si non sit *in eversionem fideicommissi facta*. Ergo multo magis probandum est, quod in utilitatem fideicommissi est factum. Accedit conjectura voluntatis ipsius fideicommittentis; ipse enim si viveret, ea faceret omnia in bonis suis, quae utile esset fieri: *intelligitur autem testator, quod ipse vivens facturus sit, ab heredibus suis fieri*, *L. quum servus* 82. *de cond. & dem.* Ita recte alienantur res, quae mora periturae, deterioresve futurae sunt; quis enim non intelligit, expedire res istas vendi, quae alias ipsi fideicommisso perirent; redactamque ex venditione pecuniam vocatis ad fideicommissum servari? Argumenta in hanc rem apposite petuntur ex *L. Divus* 5. *pr.*, *& L. non solum* 54. *D. de her. pet.*, *L. Aristo* 5., *& L. ait Praetor* 7. *D. de jur. delib.*, *L. mulier* 22. §. *sed enim* 3. *D. ad Trebell.*, *& L. Lex quae* 22. *C. de admin. tut.* Eadem utilitatis ratio facit, ut rem fideicommisso subjectam, si modici fructus inde percipiantur, sive ob ipsius rei ingenium, sive ob loci distantiam, aliamve caussam, cum re fructuosiore liceat commutari: liceat itidem rem minus utilem vendi pro utiliore re recuperanda, reparanda, vel melioranda: qua de re *V. Fusarium Quaest.* 734.

Quid si possessor fideicommissi impendit de suo? Duplex facio genus expensarum, quas potest facere possessor fideicommissi. Unum est earum, quas forte facit in ultimam infirmitatem, funusve fideicommittentis: atque hae sunt aes alienum ipsius fideicommittentis, *L. impensa* 18. *de relig. & sumt. fun.*, *& L. in restituenda* 4. *C. de petit. her.* Alterum genus est earum, quas forte facit in inventarium conficiendum, in lites ex testamenti caussa exercendas, & generaliter in quamlibet aliam caussam necessariam, utilemve fideicommisso. Impensas istas a possessore deduci non ambigitur, *L. ult.* §. 1. *C. de petit. hered.* Sed dubitari potest, num impensis istis minuatur fideicommissum, h. e. num possit possessor fideicommissi, quo sibi satisfiat, petere, ut res aliqua fideicommisso subjecta vendatur, aut sibi detur in solutum. Et de marito quidem, cui similis videtur fideicommissarius, haec habet Vlpianus, in *L. quod dicitur* 5. *pr. de impens. in res dot. fact.*, *Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, (ut & Pomponius ait) non ut ipsae res corporaliter diminuantur, ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam: caeterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus: manebit igitur maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat: non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio.*

nutio. *Ibi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri; ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri*. Marito, qui in corpora dotalia necessarias impensas fecit, jus tantum retinendi dat Vlpianus, donec illi impensum solvatur. Et quamvis jure novo Imp. Justiniani in *L. un. §. 5. C. de rei ux. act.*, cesset hodie retentio ob impensas in dotem factas, salva marito mandati, vel negotiorum gestorum actione, quod tamen jus novum produci ad alios casus non debet, ex superius adscripto Vlpiani loco, potest haud inscite colligi, etiam possessori fideicommissi, heredive ejus tantum jus retinendi datum. Ego vero, si fideicommissarius solvere impensum recuset, possessori fideicommissi heredive ejus competere arbitror non solum retentionem partis bonorum, quae necessariis, utilibusve impensis respondet, sed & jus petendi, ut pars bonorum vendatur, aut sibi detur in solutum: dum tamen id, quo fraus absit, adito Magistratu fiat; si enim potest pars vilior bonorum tertio vendi, ut deducta inde pecunia in nobiliorem bonorum partem conservandam, melioramdamve impendatur, cur non potest aut vendi itidem tertio, quo possessori satisfiat, aut possessori ipsi in solutum dari? Inter unum, & alterum casum nihil re ipsa interest. Nec mihi videtur similis possessori fideicommissi maritus. Hic in rem impendit, quae est in dominio uxoris: non debet autem creditori licere petere, ut res debitoris veneat, aut sibi detur in solutum, nisi quum debitor rei dominus exsolvere debitum recusat. Contra ille in rem impendit, quae proprie non est in dominio eorum, quibus est restituenda, si post eorum obitum transire ad alios debeat.

Sed magnam aequitatem habet, quod de impensis necessariis satis multi docent apud Peregrinum *de fideicomm. Art. 50. num. 12.*, separandas esse modicas impensas a magnis: & has quidem deduci, illas cum fructibus compensari. Facit quod de commodatario scribit Gajus in *L. rebus 18. §. possunt 2. D. commod.*, *Modica impendia ad eum pertinere*, quia *is utendum accepit*: quodque de impensis a marito factis in res dotales ait Paulus in *L. omnino 12. de impens. in res dotal. fact.*, *omnino & in aedificandis aedibus, & in reponendis propagandisque vineis, & in valetudine mancipiorum modicas impensas non debere arbitrum curare*. Arbiter apud Paulum est judex a Praetore datus. Qui judiciis stricti juris dabatur, proprie *judex*: qui judiciis bonae fidei, arbitrariisve, proprie *arbiter* dictus. *V. Brissonium de verb. sign. v. arbiter*, & *Inst. nostr. repet. praelect. tom. 2.* Eodem discrimine de utilibus impensis statuit Peregrinus *num. 45.* frustra laudatis locis aliquot juris, quae de necessariis tantum loquuntur. Unum laudat Pauli locum in *cit. L. 12.*, ubi τὸ *in aedificandis aedibus*, continere videtur utilis impensae exemplum. Sed quid vetat, ne *aedificare* interpretemur *reficere*? Necessariarum impensarum longe alia, quam utilium est ratio. Redibit sermo de hac re sub finem *hujus capitis*.

Non omittam, quod vulgo placere video apud Fusar. *Quaest. 669. num. 4.*, si quid sit impensum in bona melioranda, interesse, num melioratum pluris, an minoris aestimetur, quam est impensum: si pluris, tantum, quantum est impensum, deberi: si minoris, deberi aestimationem. Sed juvat hic describere elegantissimum Celsi locum in *L. in fundo 38. D. de rei vind.*, *In fundo alieno*,

no, quem imprudens emeras, aedificasti, aut conservasti; deinde evincitur. Bonus judex varie ex personis, caussisque constituet. Finge, & dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est; &, si plus (subaudi, quod est impensum) *pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis; dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas, neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut efficias. Finge, eam personam esse dominum, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es*, subaudi fundum restituere vindicanti, qui itidem tibi impensum reddere damnabitur secundum id, quod dicitur principio istius loci. Loquitur Celsus de bonae fidei possessore. Certum bonae fidei indicium facit *Tò imprudens* initio ejus loci. Sed Peregrinus *cit. Art.* 50. *num.* 71., aliique eum locum convenire docent etiam iis, qui possident jure dominii temporarii, atque, ut eorum verbo utar, *resolvibilis*, quales sunt mariti, emphyteutae, ac possessores fideicommissorum. Ergo locum Celsi particulatim expendamus in rem nostram. Ejus particula a verbis, *Finge & dominum* usque ad verba *quod impensum est*, propositam a nobis regulam continet de impensis utilibus a possessore fideicommissi factis. Cave tamen, ne motus eo verbo, *Finge & dominum eadem facturum fuisse* credas, tum demum possessorem impensas deducere, quum dominus easdem fuisset facturus, alias non deducturum. Iniquissimum esset, in damno eum esse, qui utiliter impendit, & cum ejus jactura alium fieri locupletiorem. Rectissime A. Faber Celsum ita loqui arbitratur, ut intelligamus, eo casu non posse ambigi, expensas deduci: has itidem deduci, quum dominus non erat facturus, sed minus evidenti aequitatis ratione. Quod sequitur apud Celsum a verbis, *Finge pauperem* usque ad verba *foret aedificatum* casum continet, & eum quidem unum, quo non deducitur impensum, si domini paupertas impensum refundi vetet; paupertas, inquam, non qualis qualis, non mediocris, sed summa & extrema, quam Celsus exprimit ea exaggeratione, *qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat*: quae verba opposita verbis praeeuntibus, *Finge & dominum eadem facturum*, non obscure probant, *Tò eadem facturum* non ad animum, sed ad potentiam referri, hoc sensu teneri dominum impensum refundere, si pro viribus patrimonii tantum poterat impendere: non teneri, si ad summam indigentiam redigatur. Exceptionem subjicit sub finem Celsus, si dominus rem, in quam fuit impensum, habeat venalem; quum enim is ab emtore tanto majus pretium recipiat, quanto pretiosior aere possessoris facta res est, omnino cessat ratio, cur non debeat impensum refundere compelli, lucrumque faceret cum aliena jactura: quod Leges non sinunt. Quin hoc casu voluptuarias etiam impensas eum refundere est aequum, si res quo ornatior, eo pluris veniit: atque hoc est, quod vulgo dicitur, voluptuarias impensas e voluptuariis quandoque utiles fieri, *L. nisi si* 29. *de rei vind.*, & *L. quod si* 12.

si 12. de impens. in res dotal. factis. Sed haec loci, quem interpretamur, particula non ad rem nostram non alias facit, quam si cui bona ex fideicommisso restituuntur, sit vocatorum ultimus, qui ea non debeat aliis servare. Igitur id unum possessori fideicommissi reliquum est, ut ei permittatur tollere, *quae possit*, h. e quae jure possit, puta quae possit, re ipsa non facta deteriore, aut, si id dominus malit, tantum recipiat, quantum pretii ex venditione eorum, si tollerentur, fuisset redacturus: nisi id tale sit, ut sublatum esse usui non possit, quo casu perditur omnino, nec tolli permittitur; nam tollere quod est inutile futurum, malitia est, cui Leges nunquam indulgent.

Exposui locum Celsi, quo confirmari videtur quum quod de impenpenso, & meliorato a possessore fideicommissi vulgo tradunt Nostri, tum quod addunt, non teneri fideicommissarium meliorata rependere, si ei nimis gravia sint: quo etiam refer illud ejusdem Celsi apud Ulp. in *L. sed non ultro 10. D. de neg. gest. Non utiliter negotia gerere, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur*. Verum si res ad mitioris jurisprudentiae regulas exigatur, patebit, uti durum est fideicommissarium pauperem pro impenso refundendo redigi ad inopiam, ita durum videri, eum, qui impedit, si non in eversionem fideicommissi studio imperderit, impensi facere jacturam: proinde humanioribus hisce temporibus aliquid hoc casu judicis arbitrio permittitur. In specie domus fideicommisso subjectae, tum venditae, magnisque impendiis ab emtore melioratae, quae redigi in pristinam formam non poterat, Magistratum Lucensem decrevisse refert Magonius *Decis. 33. num. 52.* de pretio emi alia bona, quae ejus domus loco subjacerent fideicommisso ob textum in *L. Imperator 70. §. ult. de leg. 2.* Sed Lucensis Magistratus videtur mihi abusus eo textu. Loquitur ibi Papinianus de herede rogato, *quidquid ex hereditate superfit restituere*: quumque ait, si *de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videri*: quia res rei locum subit, adeoque quod *inde comparatum est*, vice *permutati dominii restituendum*, ut statim additur in *L. 71.* Qui autem restituere heredem rogat *quidquid superest ex hereditate*, is alienationem non vetat, contra quam ponimus a testatore factum in specie, quam tractamus. Alii, quorum numero est Garzias *de expens. cap. 13. num. 44.*, dant quidem bona fideicommissario pauperi, sed constituendum esse ajunt aliquem censum heredi ejus, qui melioravit. Ita servantur bona vocatis ad fideicommissum; & impensum, quantum fieri potest, rependitur. Sed eo etiam casu, quo fideicommissarius est dives, sententiae Celsi non alias meo judicio est locus, quam si res fideicommisso subjecta, ita ad eum pertineat, ut non sit ad alios subinde abitura; nam si abitura sit ad alios, iniquum videtur mihi, cum unum solvere impensum non sibi solum, sed & aliis, ac fortasse ab eo non descendentibus profuturum. Hoc igitur casu eadem census constitutione fideicommissario consuletur. Sed sive pauper, sive dives sit fideicommissarius, si potest, vendita re minus utili, impensum solvi, major utilitas, quae ab impenso in fideicommissum redundat, venditionem illam satis, ni fallor, tuetur. Haec mihi de re parum diligenter ab Interpretibus tractata in mentem venerunt: hisque insistam, dum existat, qui adferat meliora.

De impensis utilibus, non de necessariis Celsum loqui, manifestissimum est. Necessarias definit Paulus in *L. impensae 79. de V. S.*, *Quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*: utiles vero, *quae meliorem fundum faciunt*: in fundo autem *aedificare*, aut *conserere*, quibus verbis utitur Celsus, est fundum facere meliorem, non fundum servare, ne pereat, deteriorve fiat. Huic consequens est, in impensis necessariis cessare regulam illam juris, si plus sit impensum, quam melioratum, melioratum deberi: si plus, quam impensum est, sit melioratum, deberi impensum. Et vero in necessaria impensa fingi excessus non potest: si finxeris, de necessaria utilem facies. Ergo semper tantum, quantum impensum est, deducetur. Consequens etiam est, cessare in impensis necessariis differentiam inter dominum divitem, atque indigentem, nam si non fuisset impensum, rem non haberet, aut haberet deteriorem. Ita Accursius, & Bartolus in *cit. L. in fundo*, quibus subscribit Peregrinus in *cit. Art. 50. num. 32.* Ergo necessariae impensae cuivis fideicommissario reputabuntur.

Sed hoc posterius non videtur Cujacio placuisse. Is in *Lib. IX. Responsorum Papiniani* exponens *L. domos 58.*, *& L. sumtus 61. de leg. 1.*, quae ex eodem Libro IX. desumtae sunt, utiles quidem impensas fideicommissario, h. e. ei, cui restitutio facienda est, reputari, h. e. imputari ait, quo refert *cit. L. 58.*, quae loquitur de domo hereditaria fideicommisso subjecta, sine culpa heredis exusta, tum aere ejus extructa & necessarias tamen reputari fideicommissario negat: quo refert *cit. L. 61.* quae loquitur de domo refecta. Qui domum exustam extruit, utiliter impendit, non necessario; namque extruere domum casu consumtam non tenebatur. Qui domum adhuc stantem fulcit, ne ruat, necessario impendit, facitque id, quod tenebatur facere; debebat enim sarta tecta aedificia fideicommissario servare. Scriptum est autem in *cit. L. 61.*, *sumptus in reficienda domo necessarios a legatario factos petenti ei legatum, cujus postea conditio exstitit, non esse reputandos existimavi*. Ita legitur in omnibus exemplaribus, ac nominatim Florentino. Cujacius autem locum emendat in hunc modum, *sumptus in reficienda domo legata necessario factos*, subaudi, *ab herede*; nam si ipsum legatarium ponas in reficiendam domum sibi legatam necessarios sumtus fecisse, ineptissime Papinianus dixisset, eos sumtus *ei legatum petenti*, h. e. illi ipsi, qui impenderat, *non esse reputandos*. Reputari, aut non reputari tibi dicuntur sumtus ab alio facti, non quos tu ipse fecisti. Accedit quod *cit. L. 61.* adnectenda est *L. 58.*, in qua heres fingitur impendisse in domum extruendam. Perbella est quidem Cujacii conjectura, & me non mediocriter movet; sed est ea tamen contra omnium, quot quot sunt, Codicum fidem: & potest sine vitio inepti vulgaris lectio retineri, si speciem finxeris, quam ad vulgarem lectionem tuendam finxit Marsius Gordonius *Praetermiss. jur. civ. cap. 17.* Legatam Sempronio domum Gordonius finxit, rogatumque Sempronium illam existente conditione Maevio restituere: tum Sempronium, antequam conditio existeret, domum refecisse suo sumtu: demum eam jam a Sempronio legatario refectam petiisse Maevium, qui licet proprie sit fideicommissarius, potest haud absurde dici petere *legatum*: quo vocabulo etiam ante

lega-

legatorum, fideicommissorumque exaequationem ab Justiniano factam comprehendi etiam fideicommissum, jam dixi.

Utram vero lectionem, utramve speciem retineas, verum est, necessarias impensas fideicommissario non reputari: atque in hoc Cujacius, & Gordonius consentiunt. Nec de ratione laborandum. Possessor rei fideicommisso subjectae nihil habet necesse utiles impensas facere: facere necessarias debet, quia servare rem debet fideicommissario: nec necessario impensum deducet, quia interim re ipsa utitur fruitur. Id confirmat Gordonius auctoritate Ulpiani, qui in *L. usufructu* 7. §. 2. *D. de usufr. & quemadm. quis ut. fruat.*, cogi fructuarium posse ait aedes reficere, *quia omnis fructus ad eum pertinet*. Sed non esse generaliter admittendum, quod Cujacius, & Gordonius de impensis necessariis fideicommissario non reputandis generaliter docent: locumque Papiniani in *cit. L.* 61. omnino esse accipiendum de impensis modicis eo probatur, quod mox de fructuario subjicit Ulpianus, *Modica refectio ad eum pertinet*. His itidem adde producta superius *h. capit.* exempla commodatarii, & mariti. Certa autem statui regula non potest, qua modicam impensam tuto cognoscas. Rectissime Faber in *cit. L.* 7. scribit, modicam impensam non aliter intelligi, quam ex comparatione majoris: remque hanc totam ad judicis arbitrium remittit. De impensis necessariis, utilibus, & voluptuariis in rem fideicommisso subjectam factis, de eorum permissa, vel interdicta deductione, ac de earum deducendarum modis latissime scripsit in *cit. art.* 50. Peregrinus, quem adi.

C A P U T V.

EORUM, QUORUM INTEREST, CONSENSUS.

Omnibus, quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam scribit Ulpianus in *L. nihil* 120. §. 1. *de leg.* 1. Et regula quidem juris est, unicuique licere abrenunciare juri suo. *Nullam*, inquit, *petitionem*, i. e. nec rei, nec pretii, uti rectissime Cujacius *ad L. si fundum* 92. *de leg.* 1., quam interpretationem luculenter confirmat Scaevola in *L. Lucius Titius* 88. §. *insulam* 14. *de leg.* 2., *Insulam libertis utriusque sexus legavit, ita ut ex reditu ejus masculi duplum, feminae simplum percipiant: eamque alienare vetuit. Ex consensu omnium ab herede venundata est. Quaero, an ex pretio insulae duplum mares, simplum caperent feminae. Respondi, ob pretium nullam fideicommissi persequutionem esse; nisi ea mente venditioni consenserunt, ut similiter ex pretio mares quidem duplum, feminae autem simplum consequantur.* Vides fideicommissarium, qui venditioni consensit, ne pretii quidem persequutionem habere. Obstat Julianus in *cit. L.* 92. *pr.*, *Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus, excusso pretio secundum reditum ejus fundi mercatus sit propter aes alienum hereditarium, praesente & adsignante eo, cui fideicommissum debebatur; placet, non fundum, sed pretium ejus restitui debere*. Qui praesens adest, & *adsignat*, i. e. instrumentum venditionis cum aliis obsignat (cujus significationis exempla congessit Brissonius *de*

 V. S.

V. S. v. adsignare) rem quidem ipsam persequi non potest, rei pretium potest. Sed facile est intelligere, eum, qui praesens adest, aut signat, non videri, quod geritur, adprobare, sed tantum rei gestae fidem aliis facere: unde saepissime judicatum, testes, qui testamentum jure nullum signaverunt, si testatorem, quo tempore faciebat testamentum, non sanae mentis argumenta dedisse dicant, non jure repelli, quasi actum impugnent, quem semel probarunt, propriamque turpitudinem allegent. Igitur fideicommissario consensus nocet, non praesentia, non adsignatio. Et certe quum nemo praesumatur velle suum jactare, *L. quum de indebito* 25. *de probat.*, id non est alias admittendum, quam si constet de voluntate remittentis jus suum: nemo autem dixerit, certo ejus voluntatis indicio esse praesentiam, atque obsignationem. Id mihi adeo explorati juris esse, ut nisi obstaret auctoritas Juliani in *cit. L.* 92., consultus ego de jure fideicommissarii, qui venditioni fundi praesens adsuit, & signavit, eum non modo pretium condicere, sed & ipsum fundum vindicare posse responderem, & jam parum abest, quin contra respondisse Julianum putem ex peculiari ratione motum, quod fundus *propter aes alienum hereditarium*, sicque necessariam ob caussam veniret, aliter, si peculiaris ea ratio defuisset, responsurum: alioquin quid erat opus eam caussam exprimere? At enim consentire videtur, & praejudicat juri suo, qui instrumento subscribit, *L. sicut* 8. §. *non videtur* 15., & *L. Titius* 9. §. *ult. D. quibus mod. pign.* Ita vero, sed est id de eo intelligendum, qui in suo negotio principaliter subscribit, non de eo, qui in alieno subscribit, ut testis. Ita Gothofredus in *cit.* §. 15., & recte eum sensisse patebit oppositas Leges conferenti cum *L. Gajus Sejus* 49. *de pign. act.*, & *L. fidejussor* 26. §. 1. Quod *cit. loc.* Cujacius scribit, plus esse subscribere, quam subsignare, mirum quam leve est. Sed ut redeam ad *cit. L.* 120. §. 1. *de leg.* 1., vos ego monitos volo, scite dictum ab Ulpiano, *omnibus consentientibus*. Si unus eorum, quorum interest, non consentiat, quin is possit fundum vindicare, nulla dubitatio est: quo pertinet titulus Codicis, *Rem inter alios actam aliis non nocere*. De eo, qui heres est ejus qui consensit, suo tamen jure ad fideicommissum vocatur. *Vide Fusar. Quaest.* 560.

CAPUT VI.

ALIENATIONIS DENUNTIATIO IIS, QUORUM INTEREST, FACTA.

Dixi in parte tertia hujus Commentarii, fideicommissum familiae relictum, aut purum esse, aut conditionale: & purum quidem esse, quum testator rem directo relinquit familiae: conditionale vero, quum eam vetat extra familiam alienari; intelligitur enim familiae relicta sub ea conditione, si extra familiam alienetur. Vulgaris autem Nostrorum traditio haec est, si fideicommissum sit conditionale, heredem posse futuram alienationem denunciare iis, quorum interest, i. e. qui sub ea conditione vocantur ad fideicommissum, iisque rem justo pretio, quod extraneus offert, emere recu-

recusantibus, extraneo rem vendere impune. Moventur Scaevolae loco in *L. qui Romae* 122. §. *coheredes* 3. *D. de verb. obl. Coheredes, quum praedia hereditaria diviserunt, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo, vel ejus successori venderet centum vigintiquinque, quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt. Quaero, cum coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato convenerit, & desideraverit, ut secundum conventionem aut emant, aut vendant; hique nihil tale fecerint: an, si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, obstaturam doli mali exceptionem*. Ecce coheredi, hujusve liberis emere recusantibus, si a muliere, quae post denunciationem extero fundum vendidit, exigere poenam velint, obstat exceptio doli mali, nam dolo facit, qui facit contra factum. Ergo mulier post inutilem denunciationem extraneo vendidit impune, ac tuto. Quidni idem dicemus de eo, qui post denunciationem inutiliter factam familiaribus ad conditionale fideicommissum vocatis extra familiam alienat? Alia est caussa fideicommissi familiae pure relicti, namque hoc ad familiam omnino pertinet, nec potest ea denunciatio facere, ne pertineat; quum possit is, qui recusat emere, illud aliquando gratis habere.

Sed vulgarem istam traditionem uno casu probat Faber *Conject. Lib.* 14. *cap.* 15, quum testator tantum vetuit rem extra familiam, alienari neque addidit, velle se, ut in familia relinqueretur, aut aliud huic simile, contra quam traditum a plerisque. Et verissima est sententia Fabri, nam qui vetat rem extra familiam alienari, eam alienari intra familiam permittit: hoc autem ita debet intelligi, si velint emere, qui de familia sunt non enim qui heredem prohibet rem extra familiam alienare, videtur velle, ut eam familiaribus donet; ergo si hi rogati non emant, heres alienando extra familiam contra voluntatem testatoris non facit: quin ipsi familiae imputandum est, quod is extra familiam alienet. Accedit quod interdicta extra familiam alienatione censetur fideicommissum familiae relictum sub conditione, si res extra familiam alienetur: quominus autem ista conditio impleatur, non fit per heredem, qui rem familiae emendam offert, sed per ipsam familiam, quae emere recusat: quo fit, ut oblata recusanti familiae, venditio habeatur pro impleta, *arg. L. jure* 24. *de cond. & dem.*, ac *L. Labeo* 50. *D. de contrah. emt.* Contra qui non solum vetat rem alienari extra familiam, sed & vult eam in familia relinqui, duo videtur velle, alterum in gratiam heredis, alterum in gratiam familiae. Prior clausula, qua rem vetat extra familiam alienari, respicit gratiam heredis, cui permittitur rem ita alienare, ut ab ipsis familiaribus pretium, remve aliam recipiat: posterior, qua eam vult in familia reli: qui, respicit gratiam familiae, cui, si pretium, remve aliam pro ea dare recuset, ea res defertur ex fideicommisso, & consequenter ex caussa non onerosa: proinde si duae istae clausulae concurrant, recusantibus iis, qui de familia sunt, rem emere, aut ex alia onerosa caussa accipere, non debet conditio haberi pro impleta, quum possint ii secundum voluntatem testatoris rem habere ex caussa lucrativa. Nec verum est, interdictae extra familiam alienationi posteriorem clausulam tacite inesse, quasi testator

non.

non aliam ob caussam alienari rem vetet extra familiam, quam ut ea in familia relinquatur; nam qui rem vetat extra familiam alienari, nec jubet eam in familia relinqui, hoc uno videtur velle familiaribus prodesse, ut in emtione extraneis praeferantur.

CAPUT VII.

FIDEICOMMISSUM CONVENTIONALE.

De fideicommisso testamento, codicillisve instituto hactenus est actum: nunc de conventionali, cujus frequens apud veteres, recentioresque interpretes juris mentio est. *Conventionale* dicitur, quia proficiscitur ex contractu, atque in tabulis nuptialibus ut plurimum instituitur. Posse rem ea lege donari, ut post mortem donatarii, vel ad donatorem ipsum redeat, vel aliis restituatur, constat ex *L.* 2., & *L.* 3. *C. de donat. quae sub modo*. Quin & illud additur in *cit. L.* 3., etiam si is, cui res erat restituenda, stipulatus non sit, actionem utilem competere juxta donatoris voluntatem. Transitum istum rei de uno in alium ex conventionali fideicommisso fieri, docent Nostri apud Peregrinum *Art.* 51. *num.* 2., laudantque Imp. Alexandri rescriptum in *L.* 1. *C. de donat. cauf. mort.*, *Si donatione contineatur, ut altero defuncto ad alterum portio eorum, quae donabantur, pertineret, existente conditione, si mortis caussa donatio perficiebatur, fideicommissi actio competit*. At vero Faber *de err. pragm. dec.* 47. *err.* 10. fideicommissum conventionale nullum adgnoscit ea ratione, quod fideicommissi necessitas omnino pendeat a fide heredis: unde non aliis, quam precariis verbis relinquitur: nihil sit autem tam contrarium; quam eam a cautione pendere, *arg. L. pater* 38. §. *pen. de leg.* 3., & *L. Balista* 32. *ad Trebell.*, quos textus in suam sententiam subtiliter expendit. Neque obstare ait rescriptum Alexandri; in eo enim agitur de mortis caussa donatione, quae species est ultimae voluntatis, nam vivo donatore recte revocatur, nec ante vires habet, quam ille obierit: cui consequens est, male conjungi *cit. L.* 1. *C. de donat. cauf. mort.* cum *cit. L.* 3. *C. de donat. quae sub modo*, quum longe alia sit ratio donationis caussa mortis, quam donationis inter vivos, quae statim perficitur, nec potest pro donatoris arbitrio revocari. Hinc demum conficit, per solos actus ultimae voluntatis, quales sunt testamentum, codicilli & mortis caussa donatio, institui fideicommissum: per alios autem, qui fieri dicuntur inter vivos, non fideicommissum institui, sed substitutionem conventionalem, quae fideicommisso latius patet, quaeque irrevocabilis est, si jus quaesitum sit substituto: huic autem jus quaeri aut suo ipsius facto, i. e. si ipse sibi stipuletur, aut potestate legis, i. e. si quam ei Lex accommodet actionem, ut in *cit. L.* 3. *C. de donat. quae sub modo*.

Sunt haec quidem, quae Faber ait, multo magis, quam illa, quae vulgo traduntur, consentanea juri Romano, Sed vulgaris Nostrorum traditio dominatur in foro. Secundum vulgarem istam traditionem verum fideicommissum instituitur per actus inter vivos etiam citra eorum, quorum in-

intereſt, ſtipulationem; nam pro deſcendentibus legitimis & naturalibus recte ſtipulamur adſcendentes, ac pro quibuslibet extraneis abſentibus & ignorantibus Notarii noſtrorum temporum, ſi tamen rogati publico ſuo officio fungantur: ſed non ante abſentibus per notarios jus quaeritur, quam illi factum a notariis habuerint ratum: interea tamen non poſſunt promiſſores factum mutare. Num quae de fideicommiſſis ultima voluntate inſtitutis noſtro hoc Commentario dicta ſunt, ea locum habeant omnia in fideicommiſſis, quae actu aliquo inter vivos inſtituuntur, Late diſputant Noſtri. Rem totam pertractat in *cit. art.* Peregrinus. Hoc uno certe diſtant fideicommiſſa teſtamento codicillisve inſtituta a fideicommiſſis actu aliquo inter vivos inſtitutis, quod interdicta in his alienatione, ſi alienari contingat, dominium transfertur, eique, qui alienationem prohibuit, competit adverſus eum qui alienavit, condictio ob cauſſam datorum in id, quod intereſt: interdicta autem in illis, nihil actum intelligitur, ac proinde non transfertur dominium. Poſterius hoc exploratiſſimi juris eſt: prius illud receptiſſimum eſt in Scholis & foro, paucis diſcrepantibus, quorum numero eſt Faber *de err. Pragm. dec.* 87. *err.* 5. 6., & 7., & luculentiſſime probatur Imp. Valeriani & Galieni reſcripto in *L. ſi ea* 3. *C. de condict. ob cauſſ. dat.* in quam *V. Wiſembachium*, qui Fabri argumenta expendit, diluitque. Diſcriminis rationem hanc adfert Donellus *ad d. L.* 3. *num.* 2., quia ſupremis voluntatibus plus tributum eſt, quam voluntatibus contrahentium: & vero ſupremae hominum voluntates pro legibus ſunt, *L. verbis Legis de verb. ſign.*, & *Nov.* 22. *cap.* 2.; alienationem autem contra Leges factam nullius momenti eſſe non ambigitur.

IN

IN TITULUM VII. LIBRI XXVIII. PANDECTARUM.

DE CONDITIONIBUS, ET DEMONSTRATIONIBUS.

COMMENTARIUS.

INterpretabor hoc anno Titulum VII. Libri XXVIII. Pandectarum *De conditionibus institutionum*, itemque Titulum I. Libri XXXV. *De conditionibus, & demonstrationibus, & caussis, & modis eorum, quae in testamento scribuntur*. Posterior hic ad legata & fideicommissa pertinet: huicque respondent tres Codicis Tituli *De conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis: De falsa caussa adjecta legato vel fideicommisso: De his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur*: prior ille pertinet ad institutiones, quo nomine aliquanto latius accepto, ut in *L.* 1. *pr. D. de vulg. & pup.*, ac *L. mulier* 20. §. 2. *de cond. inst.*, etiam substitutiones comprehenduntur: quin comprehendi itidem restitutiones ex fideicommisso monet nos Titulus Codicis illi respondens *De institutionibus, & substitutionibus, & restitutionibus sub conditione factis*. Sed institutionibus aeque ac legatis & fideicommissis adjici conditio, & demonstratio, & caussa, & modus potest, licet non semper eodem effectu: qua de re suis locis.

Commentarii quatuor facio partes. In prima de conditionibus: in secunda de modis, qui ad conditiones propius accedunt: in tertia de demonstrationibus: in postrema agam de caussis.

COM-

COMMENTARII

PARS I.

DE CONDITIONIBUS.

CAPUT I.

CONDITIONIS DEFINITIO.

Conditio est clausula actum, cui apponitur, in futurum incertumque eventum suspendens. Hinc, dum eventus expectatur, actum *pendere*, & *pendere* conditionem Jurisconsulti ajunt in *L. Julianus* 60. §. 1. *de condict. indeb.*, & *L. si quis* 14. §. 1. *quib. ex cauf. in poss.* Si qua conditio in praeteritum, aut in praesens confertur, ea *figuram* habet *conditionis*, *vim conditionis* non habet, uti Proculus loquitur in *L. Cornelius* 69. *de her. inst.* Et recte Vlpianus puram esse scribit hanc institutionem, *Ille, si eum Codicillis heredem scripsi, heres esto*, *L. institutio* 10. §. 1. *de cond. inst.* Quandoque fit, ut conditio conferatur in futurum, nec tamen conditio sit, ut si certo sit exstatura. Vlpianus in *L. si pupillus* 9. §. 1. *de novat.*, Qui, inquit, *sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstatura est*, (sic habet Fl. Liber, nec quidquam caussae est, cur sit legendum, ut in vulgatis, *exstitura*) *pure videtur stipulari*. Quod de stipulatione Vlpianus, idem de legato habet Papinianus in *L. heres meus* 79. *de cond. & dem.*, *Heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere*, h. e., Titius non mori.

Quod conditionis proprium est in futurum incertumque casum suspendere actum, ex eo intelligis, ingenio ac tempore illos abuti, qui quaerunt, num testator heredis, legatariive liberos in conditione positos videatur ad hereditatem, legatumve vocasse ex testamento, quasi ex tacito fideicommisso. Legare (quo verbo in XII. Tabulis omnis comprehenditur voluntas morientium, *L. verbis* 120. *de V. S.*) est de re certo statuere, ac *legis modo*. Vlp. *Fragm. Tit.* 24. §. 1. Huic autem quid magis contrarium, quam incertum conditionis? Ita possem quaestione ista paucis defungi: nec moverer eo, quod posset opponi, ad fideicommissum inducendum qualiacumque verba sufficere, quae indicium faciant voluntatis: quin nudas conjecturas etiam sine idoneis verbis; nam facile esset sexcenta juris loca in medium afferre, quibus docemur, ad fideicommissum inducendum nec satis esse verba sine voluntate, nec voluntatem sine idonis verbis: qualia certae non sunt conditionalia. Loca juris congessit fere omnia A. Faber *L.* 14. *Conject. cap.* 2., quorum potissima sunt *L. pater* 38. §.

 mater

mater 7., *L. Juliano*, alias *testatorem* 68. §. *ex his* 1. *de leg.* 3., *ac L. libertates* 16. *de fideicom. libert.* Quoniam vero quaestio haec frequentissima est in foro, & non raro secundum liberos in conditione positos invita jurisprudentia pronunciatur, mihi deliberatum constitutumque est, non defunctoriam in ea operam ponere, maxime quum non ad solam ingenii exercitationem instituatur, nam si Gajum ponas heredem institutum, eique, si sine liberis decesserit, substitutum Sempronium, permagni refert, num liberi in conditione positi ad hereditatem vocentur ex testamento. Si ex testamento vocantur, hereditatem capiunt ex tacito fideicommisso, sicque beneficio testatoris, non Gaji, cujus creditoribus, quod pertinet ad eam hereditatem, respondere liberi non compelluntur: ac porro, si quid ex ea Gajus distraxit, revocant jure suo.

Jam quod ajunt, positos in conditione vocatos intelligi, tam falsum est, quam quod falsissimum. Id egregie praeter ceteros demonstrat A. Faber *Conjectur. Lib.* 17. *c.* 18. 19. & 20., *ac de error. pragm. dec.* 26. *err.* 8. 4. 5. & 6. Sed est, cur in tam gravi juris interprete nimiam ac miseram diligentiam jure reprehendas. Quae fuerant ad ejus usque tempora in utramque sententiam disputata, ea is persequitur omnia, estque in nonnullis, quae risum movent, nimium multus, atque adeo ineptus. Ego delectum habebo argumentorum, quae utrinque proferuntur. Selectiora in eam sententiam, quam tueor, argumenta, haec sunt. Paulus in *L.* 1. §. 8. *ad L. Falcid.* formulam hanc expendens, *Heres meus Sejo penum dato: si non dederit, decem dato*, primum ait, *quosdam putasse*, in legato decem esse, non penum: tum subjicit si *incontinenti heres penum solverit*, *videri hoc legatum esse*: porro expendens hanc alteram, *Si penum non dederit, decem dato*, precise negat, penum esse legatam. Eccur uno casu in legato est penus, non itidem altero? Quia uno testator de penu certo statuit, & in modum legis ea formula, *Heres meus Sejo penum dato*: altero penum posuit in conditione. Idem docet Vlpianus in *L. si quis* 8. *D. si quis omissa caus. test.* Praetor actionem pollicetur in eum, qui omissa caussa testamenti hereditatem, hujusve partem possidet ab intestato in fraudem eorum, quibus eo testamento legata, vel fideicommissa relicta sunt, *L.* 1. *eod.* Nunc pone heredem institutum sub conditione dandorum decem, omissa caussa testamenti hereditatem possidere ab intestato. Num sit ei subveniendum, cui dari decem oportuit, quaeritur. Et *magis esse*, inquit Vlpianus, *ne subveniatur*, *neque enim legatarius est*. Testatorem voluisse decem dari, non ambigitur: at is modum Legibus praescriptum non servavit: Decem posuit in conditione, non *Legis modo* legavit. Ne quis tamen dicat, fortasse Paulum, & Vlpianum ita sensisse de extraneis in conditione positis, aliter de iis sensuros, qui testatori essent sanguine conjuncti, ecce Imperatorum Severi & Antonini rescriptum in *L.* 1. *C. de pact.*, quo conjectura ista pietatis excluditur. Pater Philinum, & Licinium filios scripsit heredes, verbisque fideicommissi a Philino petiit, ut si vita sine liberis decederet, Licinio fratri restitueret hereditatem. Philinus antequam liberos tolleret, cum Licinio transegit, promisso ei sextante: tum filium Philinum suscepit, quo superstite diem obiit suum. De vi transactionis fuit quaesitum. Rescripserunt Imperatores, *pactum de sextante Licinio dando interposi-*

terpositum non idcirco iniquum videri , quod pater facta divisione diem suum filio superstite functus esset . In conditione erat positus nepos testatoris : nec fuit tamen testamento avi ad hereditatem vocatus . Si fuisset vocatus , eo invito consistere transactio a patre facta non potuisset ; transigere enim est alienare .

In contrariam sententiam multi laudantur juris loci . In his est locus Scaevolae , quo uno commoveor , in *L. Lucius* 85. *de her. inst.* , Lucius Titius Titium fratrem ex asse scripsit heredem , eique , si filium filiamve ex se natum natamve non haberet , Stichum & Pamphilum substituit . Hanc speciem tractans Scaevola inquit, testatorem *non fratrem solum , sed & liberos praetulisse substitutis* . Si liberos in conditione positos testamento praetulit, certe eos testamento vocavit, quemadmodum testamento vocavit fratrem , quem itidem praetulit.

Verum quod testator liberos praetulit, ex eo non sequitur , eum liberos testamento vocasse. Qui plures filios impuberes habens ei , qui novissimus morietur, heredem substituit, filios omnes novissimo praemorientes praefert substituto ; non vocat tamen eos ex fideicommisso , sed tantum velle intelligitur , *jus legitimarum hereditatum integrum custodiri inter eos*, uti Florentinus loquitur in *L. vel singulis* 37. *de vulg.* Ita in specie Scevolae praeferuntur liberi substitutis , sed non tanquam vocati ex fideicommisso. Natis liberis remittitur onus substitutionis, eisque reservatur jus patruo succedendi ab intestato , uti rectissime Accursius in eum locum . Haec ut probe intelligantur verba ipsa Scaevolae adscribenda sunt , tum aliquid futurae interpretationi praemuniendum. Verba sunt , *Lucius Titius , qui fratrem habebat , testamento ita cavit : Titius frater meus ex asse mihi heres esto : si mihi Titius heres esse noluerit , aut (quod abominor) prius moriatur , quam meam hereditatem adierit , aut filium filiamve ex se natum , natamve non habebit , tunc Stichus & Pamphilus servi mei liberi & heredes mihi aequis partibus sunto . Quaero , quum Titius hereditatem adierit , & liberos aditae hereditatis tempore non habuerit , an Stichus & Pamphilus ex substitutione liberi & heredes esse possint . Respondit . Si frater adiit , Stichus & Pamphilus heredes non erunt , quos eo amplius noluit heredes esse , si frater prius quam hereditatem adiret , decessisset liberis relictis ; nam prudens consilium testantis animadvertitur , non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis , sed & ejus liberos* . Testator conditiones tres substitutioni adscripsit : primam , *si frater heres esse nollet* : secundam , *si prius moreretur , quam adiisset hereditatem* : tertiam , *si filium filiamve ex se natum , natamve , non haberet* . Adscripsit autem eas conditiones particula disjunctiva usus : sed τὸ *aut* , quod tertiam praeit , vim habet particulae conjunctivae *et*, conjungitque tertiam conditionem cum secunda . Ut id persuasissimum habeas , faciunt verba , haec Scevolae, *Quos eo amplius noluit heredes esse , si frater prius quam hereditatem adiret , decessisset liberis relictis* . Igitur quo substituti admitterentur, non erat satis fratrem decessisse ante aditam hereditatem , sed & illud erat opus , nullos ex se liberos reliquisse . Accedit etiam , quod substitutio , de qua Scaevola , directa , & vulgaris est , non fideicommissaria , ut proinde nisi disjunctivam particulam accipias pro conjunctiva , illud inde conficias , necesse sit , fratre post aditam hereditatem sine liberis mortuo , locum substitu-

ſtitutis futurum: quod mirum quantum abhorret ab ingenio ſubſtitutionis vulgaris, *L. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Hinc facile intelligitur, quo ſenſu dicantur praeferri fratris liberi ſubſtitutis. Praeferuntur non quia ad teſtamentariam ſucceſſionem vocantur, ut frater teſtamento inſtitutus heres, ſed quia reſervatur eis jus ab inteſtato ſuccedendi patruo, qui fratre ante aditam hereditatem mortuo liberis relictis, in horum gratiam mori voluit inteſtatus. Nec Τὸ *praetulit* ad liberos relatum accipi eo ipſo modo neceſſe eſt, quo accipitur relatum ad fratrem. Verba pro ſubjecta materia accipienda ſunt, *L. ſtipulatio 38. §. haec quoque 7. de V. O.* Scribit ibi Ulp., *Haec quoque ſtipulatio poſſidere mihi licere ſpondes? utilis eſt: quam ſtipulationem ſervus an poſſit utiliter in ſuam perſonam concipere videamus. Sed quamvis civili jure ſervus non poſſideat, tamen ad poſſeſſionem naturalem hoc referendum eſt.* Non omittam, quod ſubtiliter & vere Faber animadvertit *Lib. 17. conject. cap. 19.*, ſi teſtator non fratrem, ſed extraneum ſcripſiſſet heredem, extraneique liberos inteſtatae ſucceſſionis expertes in conditione poſuiſſet, non fuiſſe Scaevolam eo verbo uſurum; quid enim dici ineptius poteſt, quam *praeferri* eos, qui nec per ſe ipſi, nec ex perſona patris ullum jus habent ad bona teſtatoris? Sed extraneo etiam herede ſcripto, hujuſque liberis in conditione poſitis, excluderentur ſubſtituti tanquam defecti conditione.

Igitur in conditione poſiti non intelliguntur teſtamento vocati. Id vel ipſi Forenſes hodie habent regulae loco: cujus rei teſtem do Cardinalem de Luca Forenſium facile principem *de fideic. diſc. 73. n. 3.* Sed bene multos eximunt caſus. Sexaginta ſex regulae exemtos habes apud Fuſar. *de ſubſt. q. 437.* Ego vix unum eximo, ſi quod onus, ſeu dandi aliquid, ſeu non alienandi bona liberis in conditione poſitis teſtator imponat; quis enim adduci poteſt, ut credat, teſtatorem voluiſſe teſtamento onerare, quem teſtamento non honoravit? Hoc argumento plane maximo in ſimili ſpecie uſi olim Imperatores Severus & Antoninus. Quidam ſervo libertatem dederat adſcriptis conditionibus, *ſi rationes reddidiſſet. & ſi heredibus centum intuliſſet.* Quaeſitum fuit, num ſervo peculium legatum intelligeretur. De hac re ita Ulpianus in *L. denique 8. §. interdum 7. de pecul. leg. Imperator noſter* (Antoninus Caracalla) *cum patre* (Septimio Severo) *reſcripſit, peculium quidem non niſi legatum deberi, verum ſi conditionibus praeſcriptis paruit ſervus, teſtatorem voluiſſe, eum retinere peculium, videlicet ex eo, quod ex peculio eum juſſerat centum inferre.* Similia ſunt apud Scaevolam in *L. ſpecies 15. de aur. arg. leg.*, *Species auri & argenti Sejae legavit, & ab ea petiit in haec verba, A te, Seja, peto, ut quidquid tibi ſpecialiter in auro, argento legavi, id, quum morieris, reddas, reſtituas illi, & illi vernis meis: quarum rerum uſusfructus, dum vives, tibi ſufficiet. Quaeſitum eſt, an uſusfructus auri & argenti ſolus legatariae debeatur. Reſpondit, verbis, quae proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommiſſi.* Non alius meo judicio fingi caſus poteſt, quo in conditione poſiti intelligantur vocati. Eo uno, quem excepi, manifeſta teſtatoris voluntas facit, ut regulam tueri nequeamus. Sed fortaſſe ne is quidem caſus dici recte poteſt regulae exemtus, eo enim teſtator non conditionem injungit; ſed de re ſua diſponit impoſito onere reſtituendi.

CA-

CAPUT II.

CONDITIONIS NOTAE.

Conditionis notae sunt particulae quaedam verbis junctae temporis futuri. Talem esse particulam *si* nemo unus ignorat. Quandoque conditionem facit particula *quum*, quae proprie diem designat. Sed refert, num dies certus sit, an incertus. Certus dicitur, quem certo exstiturum scimus, licet quando exstiturus sit, ignoremus, ut in formula, *quum morieris*. Dicitur incertus, quum de eo ne id quidem scimus, num aliquando sit exstiturus, ut in formula, *quum navis ex Asia venerit*: quod conditionis est proprium. Ergo ea particula tum demum conditionis est nota, quum nota est itidem diei incerti. Inter diem incertum, & conditionem nihil interest: cujus rei argumento est *L. si dies* 21. *quand. dies leg.* Proponit ibi Paulus tria incerti diei exempla, *quum pubes erit*, *quum in familiam nupserit*, *quum Magistratum inierit*: tum subdit, non pertinere legatum, *nisi tempus conditiove obtigit*, id est nisi factus sit pubes, nisi nupserit in familiam, nisi inierit Magistratum: Haec tempora, hae conditiones debent obtingere: nam non alia tempora, non alias conditiones Paulus proponit. Igitur Tò *vel* apud Paulum particula est explicantis. Alia exempla habes in *nost. Instit. repet. praelect.* Sed nihil est opus argumentis. Luculentissime Papinianus in *L. dies* 75. *de cond. & dem. Dies*, inquit, *incertus conditionem in testamento facit*. At quo pertinet Tò *in testamento*? Eone, ut incertum diem non facere in contractu conditionem putes? Ita confidentissime Cujacius in eum locum, *Recte ait Papinianus, in testamento, quod notandum summe, nam aliud est in stipulatione, vel contractu. Heres est debitor legati, promissor est debitor rei deductae in stipulationem: uterque est debitor; & tamen haec verba, quum morietur heres conditionem faciunt: haec verba, quum morietur promissor, conditionem non faciunt*, *L. sub conditione*, *& L. seq. de condict. indeb.*

At vero est hic magni Legum interpretis magnus error, quem, ne tanti viri auctoritas transversos vos agat, juvabit hic refutare. Ulpianus de stipulatione agens in *L. quodcumque* 45. §. *non solum* 3. *de V. O. Inter haec*, inquit, *nihil interest, quum veneris, & si veneris*. Porro Celsus in *L. qui promisit* 48. *de condict. indeb.* haec habet, *Qui promisit* (verbum est hoc proprium contractus) *si aliquid a se factum sit, vel, quum aliquid factum sit, dare se decem; si priusquam id factum fuerit, quod promisit, dederit; non videbitur fecisse quod promisit*. Fere eadem verba sunt apud Ulpianum de stipulatione tractantem in *L. stipulatio* 38. §. *inter* 16. *de V. O.* Sed apud Celsum sequitur, quod est apud Ulpianum omnino subaudiendum, *atque ideo repetere potest*. Formula, *si quid factum sit*, conditionem: formula, *quum aliquid factum sit*, diem incertum continet: utriusque effectus idem, h. e. repeti posse datum pendente ea conditione, eove die. Ergo is dies conditio est. Hoc idem non obscure probant *L. sub conditione* 16., *& L. nam si* 17. *de condict. indeb.*, quibus Cujacius in suam sententiam abutitur. Ait Pomponius in *cit. L.* 16., *Sub conditione debitum*

per

per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur: conditione autem existente, repeti non potest. Quod autem sub incerto die debetur, die existente non repetitur. Ecce quod de conditione, idem tradit Pomponius de die incerto. Contrarium de die certo docet ex Celsi sententia Vlpianus in *cit. L.* 17., *Si, quum moriar, dare promisero, & antea solvam; repetere me non posse, Celsus ait*. Τὸ *quum moriar* clausula est diei certi, nam dies mortis omnino est exstiturus: neque alia est ratio, cur Celsus & Ulpianus solutum ante eum diem condici posse negent, *L. in diem* 10. *D. eod.* Nihil est igitur in iis Legibus, quod sententiae Cujacii faveat. Sed suam ille de iis Legibus sententiam aperit *Lib.* 13. *Obs. c.* 20. Ibi is ait, in iis verbis *cit. L.* 16., *Quod autem sub incerto die*, Τὸ *autem* notam esse differentiae inter diem incertum, & conditionem: quae tamen secundum ea, quae de utriusque effectu apud Pomponium traduntur, prorsus nulla est: tum pro iis, *die existente non repetitur*, legit, *die pendente*, vel *die non existente*, i. e. antequam dies veniat, *non repetitur*: sicque eum locum accipit de die incerto, quem tamen venturum esse, certum est, ut ita novissima verba, *cit. L.* 16. conveniant cum *L.* 17., quae de die loquitur certe exstituro. Verum tria sunt, quae Cujacio graviter obstant. Primum illud, quod diserte loquitur Pomp. de die incerto: deinde illud, quod violentam illam emendationem fides codicum non patitur: demum illud, quod ita *L.* 17. omnino otiaretur. Non me movet particula *autem*. Haec ibi non adversantis particulae vim habet, sed qualitercumque conjungentis: cujus significationis exempla non raro occurrunt in libris Latinorum. Quod si malis praeferre verecundam A. Fabri emendationem pro *autem* reponentis *item*, non abnuo. Porro quod addit Cujacius, verba, *quum morietur heres*, conditionem facere in testamento: verba, *quum morietur promissor*, non facere in contractu conditionem, id ei excidit aliud cogitanti. Sunt illa diei certi exempla, Papinianus autem de die incerto agit. Verum quidem est, verba, *quum morietur heres*, facere conditionem; sed habet id peculiarem caussam, de qua mox. Redeo nunc ad Papinianum illud *in testamento*; sicque facio conjecturam, fuisse adjectum ex abundanti, ut verbis utar ejusdem Papiniani in *L. quaesitum* 12. §. *si quis* 46. *de fund. instr. vel instrum. leg.* Fortasse Libro *XXXIV*. Quaestionum, ex quo Tribonianus unum illum versum retulit in Pandectas, *dies incertus conditionem in testamento facit*, de re testamentaria egit Papinianus; facere autem facile potuit ipsa subjecta materia, ut verbum illud Papiniano exciderit tanquam conveniens, uti certe erat testamento, non tanquam sie proprium testamenti, ut non conveniret etiam contractui.

Jam quod de die incerto docet Papinianus, perpetuum non est. Libertatem ita testamento datam scribit Scaevola in *L. Thais* 41. §. 10. *de fideicom. lib.*, *Cupitum servum meum, quum Marcianus filius meus sedecim annos impleverit, rationibus redditis liberum esse volo*. Recte Cujacius *lib.* 2. *Obs. c.* 1. quum ex conjectura, tum ex fide manuscriptorum librorum, quos habebat apud se, pro *sedecim* legit *quatuordecim*. Jam verba *quum Marcianus quatuordecim annos impleverit*, certe continent diem incertum, hicque secundum regulam Papiniani pro conditione est, & ab ipso Scaevola nominatim *conditio* appellatur. Sed Marcianum subjicit Scaevola impuberem decef-

deceſſiſse. Ecce defecit conditio, ſub qua data libertas fuit. Et Scaevola tamen reſpondet, libertatem deberi, ſatiſque eſse expectari tempus quo, ſi vixiſset Marcianus, quatuordecim annos impleſset. De ratione non eſt laborandum. Id favor libertatis expreſſit. Idem Scaevola conditionem illam *humaniore interpretatione* accepiſse ait: ac luculenter Papinianus in *L. fideicommiſſaria* 23. §. *etiam* 2. *D. eod.*, ubi ſpecies eadem proponitur, ſententiam illam *receptam*, inquit, *jure ſingulari*: multoque luculentius Julianus in *L. ſi ita* 16. *de man. teſt. id favore libertatis receptum*, ait, *circa alia vero legata deficere conditionem videri*. Jus illud, quod Juliano, & Papiniano *receptum* dicitur, jus eſt a Prudentibus introductum *per interpretationem*, cujus diſerte meminit Scaevola, tum Populi Romani moribus comprobatum. Tandem illud Imperatorum Valeriani & Galieni conſtitutio confirmavit in *L.* 10. *C. eod.* De alimentis ſub eadem conditione legatis idem reſpondiſſe videtur Scaevola in *L. libertis* 18. §. *ab heredibus* 2. *de alim. leg. Ab heredibus Stichum manumitti voluit, eique, ſi cum Sejo moraretur, cibaria, & veſtiaria praeſtari a Sejo: deinde haec verba adjecit, A te autem, Sei, peto, ut, quum ad annum viceſimumquintum perveneris, militiam ei compares: ſi tamen te ante non reliquerit, quaeſitum eſt, Sticho ſtatim libertatem conſequuto, prius autem defuncto Sejo, quam ad annum viceſimumquintum perveniret: an ab his, ad quos bona Seji pervenerunt, militia Sticho comparari debet: & ſi placet deberi, utrum ſtatim militia comparanda ſit, an eo tempore, quo Sejus annum viceſimumquintum expleturus fuiſſet, ſi ſupervixiſset. Reſpondit, quum placeat comparandam, non ante deberi, quam id tempus ceſſiſset*: Tò *quum ad annum XXV. Sejus pervenerit*, conditio eſt: haec autem deficit Sejo ante eam aetatem defuncto: & legatum tamen militiae ſub ea conditione relictum debetur. Quid ita? Num quia eo legato onus rependitur liberto impoſitum cum Sejo morandi: in legatis autem, quae onus habent adjectum dies incertus conditionem non facit? An quia ſic poſtulat favor alimentorum, quae ad annum uſque XXV. legantur, quorumque locum ſubit militia poſt eum annum comparandam? Prius, quod viſum Jaſoni, ac Duareno, falſiſſimum eſt; namque in cit. *L.* 41. §. 10. injungitur itidem ſervo onus adminiſtrationis, cujus tum erat rationes redditurus: &. tamen ne diei incerto inſit conditio, non injuncti oneris ratio facit, ſed favor libertatis. Poſterius, quod noviſſime viſum Averanio *Interpret. jur. Lib.* 2. *c.* 17. *n.* 7., omnino verum, quum quia non minor alimentorum, quam libertatis eſt gratia in jure, tum quoniam alia melior ejus rei adſerri ratio non poteſt. *Militia*, cujus meminit Scaevola, inermis militia erat, quae Tacito *Hiſt. Lib.* 1. dicitur *urbana*, comprehendebatque officia eorum, qui aut miniſtrabant Imperatoribus, aut Magiſtratibus apparebant: qua de re latiſſime Pancirolus in *Notitia utriuſque Imperii*. Erat militia in commercio: atque hinc frequentiſſime legabatur, *L. mortuo* 49. §. 1. *de leg.* 2., *L. fideicommiſſa* 11. §. *ſi ſervo de leg.* 3., *ac cit. L.* 18. §. 2. Apparitores, quorum deſpectior militia, & plurimum liberti. *Cic. ep. ad Q. fratr.* Uti particula *quum* in caſibus ſupraſcriptis, ita particula *quamdiu* temporis incerti, atque adeo conditionis eſt nota in ſpecie *L. pater Severinam* 101. §. *ult. de cond. & dem.*, ubi Papinianus, *fideicommiſſa*; inquit, *menſtrua, & annua ſub ea conditione liberto relicta, quamdiu res pa-*

troni

troni filiae gesserit, etsi praestari necesse est, filia prohibente res suas administrari; tamen voluntatem filia mutante conditionem resumunt, quoniam plura sunt. Sed de hoc juris loco infra redibit sermo. Interdum dies incertus, & conditio concurrunt. Agam de hac re *cap. 7. part. 1. hujus Commentarii.*

Quantum ad diem certum, separanda sunt a contractibus legata. In contractibus nunquam facit conditionem: proinde soluti ante eum diem condictio non est, *L. in diem 10. D. de condict. indeb.* In legatis videndum utrum certo sit exstiturus vivo legatario, nec ne. Dies certus certo exstiturus vivo legatario non facit conditionem: facit vero, si num vivo eo, an mortuo exstiturus sit, ignoretur. Est nunc explicatu facilis Papiniani locus in *L. heres meus 79. pr. & §. 1. de cond. & dem.* Proponit ibi formulas duas, quarum altera haec est, *Heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato*, altera haec est, *Heres meus, quum ipse morietur, centum Titio dato.* Prius legatum esse *purum* inquit, *quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio*, id est dies *non existere*, subaudi, legatario vivo, nam mortis tempus vitae tribuitur qua de re vide dicta *in nostr. Inst. repet. praelect. tom. 2.*: posterius esse, ait, sub conditione relictum, *quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, & non est certum ad eum legatum perventurum.* Alia contractuum, alia est ratio legatorum. Contrahimus eo animo, ut non nobis solum, sed & nostris heredibus prospiciamus, *L. si pactum 9. D. de probat.*: proinde, quamvis conditio pendeat, spem adquirimus, debitum nobis iri, eamque spem transmittimus ad heredes, *§. 4. Inst. de V. O.*: unde quum eo ipso loco sint heredes, quo nos ipsi, qui contraximus, nihil debet interesse, num vivis nobis, an mortuis exstat conditio. Contra legamus certe personae meritum repensuri, quod non transit ad heredes, *L. nec adjecit 9. D. pro soc.*: quo fit ut legatario vivo cedere dies legati debeat, mortuo non possit, eoque ante diem decedente intercidat legatum, *L. intercidit 59. de cond. & dem.* Hinc etiam petenda ratio, cur stipulatio in singulos annos concepta una sit, & pura, *L. si Stichum 16. §. stipulatio 1. de V. O.*, contra vero si in plures annos legetur, non unum sit legatum, sed plura: & primi quidem anni purum, sequentium conditionale, quasi adscripta sit conditio, si legatarius vivat, *L. si in singulos 4. de ann. leg.*

Porro conditionis nota est relativum verbo junctum temporis futuri. Habes id apud Julianum in *L. Stichum 6. de leg. 1.*, *Stichum, qui meus erit, quum moriar, heres meus dato. Magis conditionem legato injecisse, quam demonstrare voluisse patremfam. apparet, eo quod si demonstrandi caussa haec oratio poneretur*, ita concepta esset, *Stichum, qui meus est*, non, *qui meus erit. Sed conditio talis accipi debet, quatenus meus erit, ut si totum alienaverit, legatum extinguatur: si partem, pro ea parte debeatur, quae testatoris mortis tempore fuerit.* Idem scriptum est apud Pomponium in *L. nuper 85. de leg. 3.* Verba *sed conditio talis &c.* consectarium sunt ejus, quod praeit voluisse patremfam. *magis conditionem injecisse legato, quam demonstrare.* Τὸ *qui meus erit* si esset demonstratio, Stichus non pro parte, qua mortis tempore ad testatorem pertineret, sed totus deberetur; nam falsa demonstratio non nocet, *L. falsa 33. de cond. & dem.*, nisi fuerit alienatus ex cauf-

caussa voluntaria, quae animum prodit adimendi legati, *arg. L. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. *de leg.* 3.: quod autem conditio est, ideo si ex parte fuit alienatus, reliquum; si totus, nihil debetur. A Trebatio praeceptore suo discessit in hac re, ut fere in aliis, Labeo: sed vicit sententia illius. *Labeo ait*, verba sunt Pauli in *L. servi* 5. §. 1., *quum certa res, aut persona legatur ita, qui meus erit, quum moriar, heres dato, & communis sit, totum deberi. Trebatium vero respondisse partem deberi, Cassius scribit: quod & verius est.* Quod Trebatius accipiebat pro conditione, Labeo pro demonstratione accepit, *cit. L. nuper.* Num ad dissensum istum spectavit in *cit. L.* 6. Julianus eo verbo *magis*? Ita posses probabiliter tueri quod in eum locum Accursius adnotat, Τὸ *magis* positum ibi συγκριτικῶς *comparate*: quae vulgaris est ejus acceptio; nam Pomponii locus in *L. scribit* 34. §. *ult. de aur. arg. leg.*, quo Accursius movetur, est de mendo suspectus, ut mox. Sed probabilius fortasse Cujacius *Obs. II.* 39. Τὸ *magis* positum contendit θετικῶς, *positive*, quasi scriptum, *conditionem injecisse, non demonstrare voluisse*: quae significatio non rara in Libris juris. Et vero aetate Jurisconsultorum, ex quorum fragmentis Pandectae constant, Labeonis opinio adscriptorem habebat nullum: contra Trebatii sententia tam certa erat, quam quod certissimum; unde Pomponius in *cit. L.* 85. proposita formula, *vestis quae mea erit, putare se ait, sine dubio accipienda pro conditione*: tum subjecta contraria Labeonis opinione, *sed alio*, inquit, *jure utimur*. Verum quid est, quod sibi parum constans Pomponius scribit in *cit. L.* 34. §. *ult.*, *Si ita legasset uxori, aurum, quod ejus caussa paratum erit, tunc rectissime scribit Q. Mucius, ut haec scriptura habeat in se demonstrationem legati, & argumentum*? Misere torsit ingenia interpretum locus iste juris. Ante tempora Cujacii plus sapere videbantur ii, qui putabant interesse, num certo, an incerto corpori relativum adjiceretur. Relativum certo corpori adjectum, ut in formula, *Stichum, qui meus erit*, facere ajebant conditionem, incerto adjectum, ut in formula, *Aurum, quod uxoris caussa paratum erit*, facere demonstrationem: cujus differentiae rationem hanc adferebant, quod, quum res certa satis sit demonstrata, relativum non ad rem pertinet, quae legatur, sed ad actum ipsum legandi, quem facit conditionalem: contra ubi res est incerta, non videtur relativum alio spectare, quam ut eam demonstret. Ita post Alexandrum Emanuel Costa *select. interpr. lib.* 1. *cap.* 6. Inclinavit aliquando animus ut idem cum iis de Pomponio sentirem. Movebat me, quod Paulus in *cit. L.* 5. §. 1. *de leg.* 1., ubi formulae, *qui meus erit*, inesse docet conditionem, rem *certam* legatam ponit. Sed nunc ut ab iis seorsum sentiam, ac Τὸ *certa* apud Paulum ex abundanti adjectum putem, facit idem Pomponius in *cit. L.* 85., ubi eodem jure censet formulam hanc, *Vestem, quae mea erit*, atque hanc, *Stichum, qui meus erit*: & tamen posteriore certum corpus, priore incertum legatur. Restat, ut pro iis *demonstrationem legati, & argumentum*, legamus *deminutionem legati, & augumentum*. Ita Pomponii locum haud infeliciter emendavit Cujacius *cit. cap.* 39.: quae emendatio non tota est ex conjectura; nam Τὸ *augumentum* ex fide est quorundam veterum librorum: quod verbum satis idoneo indicio est pro *demonstrationem* omnino esse reponendum, *deminutionem*. Novissime conatus

est vulgarem scripturam adversus Cujacium tueri Marckartius *Interpret. recept. jur.* Sed tuebor ego summi illius viri emendationem. Et primum (quod ipse Cujacius admonuit) si retineas τὸ *demonstrationem*, quae erit vis τῶ *argumentum*? Deinde quis inconstantiae notae Pomponium eximet pro conditione accipientem in *cit. L.* 85., quod pro demonstratione accipit in *cit. L.* 34., maxime quum uterque locus sit descriptus ex Libris quos ille ad Q. Mucium scripsit? Postremo quis est, qui si animum serio sedulo que ad ea attenderit, quae continuo sequuntur in *cit. L.* 34., non videat, omnino legendum esse *deminutionem*? Sequuntur autem haec, *Ideoque ipso jure, alienata libra auri, amplius quatuor pondo non remanebunt in obligatione: nec erit utendum distinctione, qua ex caussa alienaverit testator.* Τὸ *ideoque* argumento est, quod adscriptis modo verbis comprehenditur, ex eo quod proxime praeit, deduci: proxime autem praeit illud, de quo fatagimus, *Ut haec scriptura habeat in se demonstrationem legati, & argumentum*. At ex his verbis cur potest deduci, quod Pomponius certe deducit, nempe alienata post testamentum auri libram, esse legatum deminutum: Si deminutum; ergo de deminutione agit Pomponius prioribus verbis; & si ita est, recte Cujacius pro *demonstrationem* legit *deminutionem*; cui, quum augumentum opponatur, recte idem Cujacius legit *augumentum* pro *argumentum*. Quid si tempore mortis in familia sit alter ejusdem nominis servus; sed alius ab eo, quem legavit testator sub conditione, *qui meus erit*, tum vero alienavit? De hac re ita Paulus in *L. filiae* 28. §. 1. *de cond. & dem.*, *Attia uxor mea optato Philargyrum puerum, Agatheam ancillam, qui mei erunt, quum moriar. Is qui testamentum fecit, Agatheam, quam testamenti tempore habuit, vendidit, & postea ancillas emit. Ex his uni Agatheae nomen imposuit. Quaesitum est, an haec legata videretur. Respondit, legatam videri.* Ecquae ratio est, cur nova ancilla videatur legata? Paulus hic in facto enarrandi multus, in respondendo de jure nimium concisus rationem aliis investigandum relinquit. Sed fortasse ex eo petenda, quod ille factum enarrans adjicit, testatorem ancillae emtae idem nomen imposuisse; id enim indicio est, voluisse eum, ancillam, quam emit, in locum illius substituere, quam legaverat. Dum haec scribo subit animum dubitatio, num aptari Pauli responsum possit ad casum, quo nova ancilla, antequam emeretur, Agatheae nomen ferebat. Et puto posse, erant enim servorum nomina in arbitrio dominorum, hique servis recens emtis nova ut plurimum nomina imponebant: proinde testator, qui novam ancillam retinere passus est nomen, quod ancilla testamento legata habebat, videtur id legati memor fecisse. Secus sentio, si plures ancillas emens, omnes sua retinere nomina patiatur; aut si unam quidem emit, sed non erat tamen solitus servorum, quos emebat, nomina mutare. In ultimis voluntatibus interpretandis consuetudo patrisfam. plurimum valet, *L. heredes* 21. §. 1. *D. qui test. fac.*, *L. si servus* 50. §. 3. *de leg.* 1., & *L. numis* 75. *de leg.* 3.

Denique inter notas conditionis referri video *ablativum*, quem Grammatistae dictitant *absolutum*. Sed vulgo traditur interesse, num *ablativus* iste per nomen, an per participium proferatur: priore casu non facere conditionem, sed disponere, ut apud Neratium in *L. ab emtione* 58. *de pact.*

pact., *integris omnibus ab emtione recedi*: posteriore rursus interesse, quale sit participium: & futuri quidem temporis participio nunquam induci conditionem, sed eo, quod in *rus* desinit, tantum demonstrari tempus futurum, ut in illo Lucani *Lib. 3. de bello civ. Venturo Caesare Romam Ignavae liquere manus*: eo, quod desinit in *dus*, id solum, quod fieri oportet, ut apud Julianum in *L. quidam 5. §. 2. C. de necess. serv. her. inst.*, *illo videlicet observando*, *ut &c.*: participio autem praesentis, vel praeteriti temporis conditionem induci, si dispositio futuros casus respiciat, ut in illo, quod Lege municipali cavetur, *exstantibus masculis feminas excludi*, aut in *Tit. D. sol. matr. quemadm. dos pet.*, non tamen induci, si dispositio rem praesentem, praeteritamve respiciat, ut apud Hermogenianum in *L. qui fidem 16. de transact.*, *rato manente pacto, poenam praestari*: & apud Pauli in *L. nam quod 4. §. ult. de pen. leg.*, *omnis penus legata videtur excepto vino*, Haec Alciatus in *L. quum quaerebatur 240. de V. S.*, & Corasius in *Tit. D. solut. matrim.* Sed haec eadem ipse idem Corasius ridet *Lib. 7. Miscellan. jur. civ. c. 14.* nunquam fieri ratus, ut ablativus absolutus faciat conditionem. Ego sententiam Alciati, quae veterum fere omnium sententia est, lubens sequor, proprositisque in rem duobus Pandectarum locis. Ait Scaevola in *L. a testatore 109. de cond. & dem.*, *A testatore rogatus, ut acceptis centum nummis, restitueret hereditatem Titiae coheredi suae, adita hereditate decessit: similiter & Titia, antequam daret centum. Quaesitum est, an heres Titiae offerendo centum fideicommisso* (periculo meo lege, *ex fideicommisso*) *partem hereditatis consequi possit. Respondit, heredem conditioni parere non posse. Claudius. Magno ingenio de jure aperto respondit, quum potest dubitari, an in proposito conditio esset.* Τὸ *Claudius* nomen est Claudii non Saturnini, uti perperam Alciatus *Lib. 4. Parerg. c. 1.*, & Cujacius *Init. Comment. in Papinian.*, sed Triphonini Jurisconsulti, cujus sunt sequentia verba, *magno ingenio &c.* Librum singularem de poenis paganorum Claudio Saturnino adscribit epigraphe *L. aut facta 16. D. de poenis*: neque uspiam legi, scriptas ab eo *ad Scaevolam notas*, quas tamen a Claudio Triphonino scriptas probat *L. qui negotiationem 58. pr. de adm. & peric. tut.*, ubi praemissis Scaevolae verbis, subjici ur nota Claudii, qui dicitur *Triphoninus*. Notis istis Claudius Scaevolae sententiam quandoque confirmat, & illustrat, ut in *L. Lucius 88. §. Damae 12. de leg. 2.*, *in L. quum quis 37. §. nuptura 4.*, *& L. seq. §. quindecim. 5.*, *& L. uxorem 41. §. Scaevola 13. de leg. 3.*, *in L. heredibus 77. §. 1.*; *& L. seq §. Titia 6. & §. idem 9.*, *& L. mater 80. ad Trebell.*: quandoque reprehendit, ut in *L. quum venderet 10. de serv. export.*, & in *cit. L. 109.* Quid vero est, quod in ea *L.*, quae nunc ad manum, minus placet Triphonino? Ait Scaevola, parere heredem *conditioni* non posse: quod regulare est, ut *part. 1.* hujus Commentarii pluribus explicabitur: conditio autem non aliis Scaevolae verbis comprehenditur, quam ablativo illo absoluto, *acceptis centum nummis*. Quin his verbis insit conditio, non dubitat. At hoc illud est, quod minus probat Triphoninus, potest enim dubitari, cum ea verba conditionem contineant, an modum. Ergo in eo consentiunt, posse ablativum absolutum notam esse conditionis: quod ad Corasium refellendum est satis. Porro scribit Ulpianus in *L. si statulibera 6. §. ult. de statulib.*,

 Si

Si quis rationibus redditis liber esse jussus sit, an ad emtorem haec conditio transeat, videamus. Ecce ait datam servo libertatem sub conditione, si rationes reddidisset: quae conditio inest ablativo absoluto *rationibus redditis*. Quod ad propositam quaestionem respondet Ulpianus alio hujus Commentarii capite exponetur. Id unum, ne quis forte putet Ulpianum verbo conditionis abusum, vos ego monitos volo, docere eum, conditionem rationum reddendarum consistere cum in dando, tum in faciendo: id autem conditioni proprie acceptae convenit. Quod reponit Corasius, conditionem induci non vi ablativi absoluti, sed futuri eventus, in quem actus ipse confertur; est id perridiculum. Est id notis omnibus conditionis commune, ut primum spectanda sit natura actus, cui apponuntur. Ipsa particula *si* non alias est nota conditionis, quam si actus, cui est adjecta, futurum, incertumque casum respiciat. Quae quum ita sint, non usquequaque sapere eos credo, qui ablativum prolatum per nomen facere conditionem abscise negant. Hoc etiam casu debemus naturam actus primum omnium intueri. In iis, quae superius in exemplum proposita sunt ex *L. 58. de pact.*, *integris omnibus ab emtione recedi*, quis non videt, τὸ *integris omnibus* ad praesens, praeteritumve tempus spectare? At si quis feudum vendit *salvo adsensu Regis*, certe vendit sub conditione, si Rex adsenserit.

Sunt hae, quas proposui, vulgares conditionis notae. Sed certior nota est conjectura voluntatis, qua regi conditiones scribit Ulpianus in *L. in conditionibus 19. de cond. & dem.* Haec facit, ut conditio non sit, quae secundum vulgares notas conditio esset: sunt casus aliquot in corpore juris, quibus ex conjectura voluntatis testatoris dies incertus non facit conditionem. Si legetur in annos singulos, aut quotannis (quod unum idemque est, *L. nec semel 12. §. novissime 6. quando dies leg.*), non unum esse legatum dixi, sed plura, & primi anni purum, sequentium conditionale, inest enim conditio, si legatarius vivat: quo fit, ut mortuo eo, legatum sequentium annorum non transeat ad heredem, *L. 4. de ann. leg.* Verum si evidenter appareat, testatorem voluisse legatam summam dividere in plures annuas pensiones *exonerandi heredis* gratia, ut Marcianus loquitur in *L. si cum 20. quando dies leg.*, i. e. *ne heres urgeretur ad solutionem*, ut Ulpianus inquit in *cit. L. 12. §. 4.*, hoc casu legatum etiam futurorum annorum unum est, & purum, *cit. L. 20.* Purum est itidem legatum, si pareat, testatorem adjecisse eum diem, non ut eo demum veniente deberetur, quod proprium esset conditionis, sed ut dilata in eumdiem legati solutione, legatario melius consuleretur, veluti si heres rogatus sit pupillo restituere hereditatem, quum certam aetatem complesset, adjecta ratione, *ne res tutoribus committerentur*, *L. in fideicommissi 3. §. Pollidius 3. de usur.*, quo casu adeo purum est fideicommissum, ut fructus etiam medii temporis fideicommissario sint restituendi, *cit. §. 3.*, idque perpetuum est, quotiescumque non heredis, sed legatarii, fideicommissariive caussa adjiciatur dies, *L. si ita 43. §. Pegasus 2. de leg. 2.*: item si cui sit rogatus post certam aetatem dare, ne ille bona per infirmitatem aetatis prodigeret, *L. liberto 21. §. filium 2. de ann. leg.*: demum si cui relictum sit, *quum ille petierit*: non enim voluisse videtur testator legatum fideicommissumve conditione suspendere, sed heredem monere, ut petenti sta-

statim daret, *L. Titia* 85. *de cond. & dem.* Sunt & alia istius rei exempla in Libris juris: nec difficile est alia etiam fingere.

CAPUT III.

CONDITIONIS MULTIPLEX GENUS.

PAulus in *L. si jam facta* 11. §. 1. *de cond. & dem.* conditionum duo genera facit, alterum *promiscuarum*, alterum *non promiscuarum*. Quales hae, aut illae sint, subjectis exemplis (qui mos est Jurisconsultorum) non obscure demonstrat. Promiscuae conditionis exemplum hoc adfert, *si Capitolium adscenderit*: non promiscuae hoc, *si Titius Consul factus fuerit*. Ergo promiscuae conditiones apud Paulum sunt, quae in *arbitrium collatae*, aut in *arbitrio*, vel *potestate nostra esse* dicuntur in *L. is qui* 13. *de adq. vel omitt. her.*, *L.* 1. §. 8. *si quis omiss. caus. test.*, *& L. quum pupillus* 78. §. *ult. de cond.* . *& dem.*, quasque verbo uno vix latino Justinianus *potestativas* dicit in *L. un.* §. 6. *C. de cadue. toll.*, nos latine dicemus *arbitrarias*: contra *non promiscuae* sunt, quae in *eventum collatae*, aut in *casu consistentes* vocantur in *d. L.* 68. §. *ult.*, *& L. si filius* 33. §. 1. *de fideic. lib.*, quasque Justinianus verbo uno *casuales* vocat in *cit. L. un.* §. 7. Quae autem ejus vocabuli ratio est? Probabile visum Cujacio *obs. Lib.* 14. *c.* 2., arbitrarias appellari *promiscuas*, quasi faciles, & promtas: casuales, non *promiscuas*, quasi minus faciles, promtasque. Idem novissime docuit Averanius *Interpret. jur. Lib.* 2. *c.* 20. *n.* 2. Verum id probabilitatis vix quidquam habet. Promiscuum a promiscendo Latinis est mixtum, & indistinctum; id vero nihil commune habet cum eo, quod in facili est. Recte idem Cujacius subdit, arbitrarias conditiones dici *promiscuas*, quia ex accidenti possunt esse casuales, sicque cum casualibus promiscentur, quo spectat illud Ulpiani in *L. suus* 4. §. 1. *de her. inst.*, *Puto, recte generaliter definiri, utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit, facti potius esse, potest enim & haec, si Alexandriam pervenerit, non esse in arbitrio per hiemis conditionem: potest & esse, si ei qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest & haec. Si decem Titio dederit, esse in difficili, Si Titius peregrinetur longinquo itinere: propter quae ad generalem definitionem recurrendum est.* Tertium genus addidit Justinianus in cit. *L. un.* §. 7. conditionum *mixtarum*, quae non a solo casu, neque a solo arbitrio, sed ab utroque pendent, qualis est haec, *si nupseris Gajo*. Tertium istud genus conditionum *mixtarum* subjiciebant veteres generi casualium, quod maxime penderent a casu.

Porro Julianus in *L. multum* 21. *de cond. & dem.* conditiones dividit in eas, quae facti, & eas quae juris sunt. Utrumque genus exemplis etiam exponit. Prioris generis exempla haec duo adfert, *si navis ex Asia venerit: si Titius Consul factus erit*. Ergo conditiones facti aliae non videntur ab iis, quae in casu consistunt. Posterioris exempla itidem duo continentur his verbis, *si quis se filiumfam. existimat, quum sit paterfam.*, *poterit adquirere hereditatem, quare & ex parte heres scriptus, qui ignorat, an tabu-*

tabulae testamenti apertae sint, adire hereditatem poterit. Horum verborum subobscurus est sensus. Quo pateat, finge. Scriptus est heres paterfamilias, qui potest sponte sua adire hereditatem; is tamen esse se falso putat filiumfamilias, qui adire non alias potest, quam jussu patris. Si ea falsa opinione injussu patris adierit hereditatem, nihilominus adquiret, quia conditio, si paterfamilias sit, qui adit sua sponte, ex jure venit, hoc est, vi juris tacite inest: istiusmodi autem conditiones nihil est necesse ut sciat heres extitisse. Finge etiam. Scriptus est aliquis ex parte heres. Huic institutioni tacite inest conditio, si post apertas tabulas adierit. Et recte Julianus heredem *ex parte* scriptum ponit, namque heres ex asse etiam ante apertas tabulas recte adit, *L. 1. §. ult. de jur. & facti ignor.* Jam heres ex parte, si apertae sint tabulae, adeundo adquiret, quamvis num apertae sint tabulae, ignoret, quia conditio illa ex jure venit. Jure novo Imp. Justiniani in *L. un. §. quum igitur 1., & §. in novissimo 5. C. de caduc. toll.*, etiam ex parte scripti clausis tabulis recte adeunt hereditatem: Sed vide *Osuald. in Donello enucleato Lib. d. cap. 5.* Ergo conditiones juris sunt, quae tacito jure insunt. Saepe juri opponitur factum. Sexcenta prostant apud Brissonium exempla *Lib. 6. de V. S.* Quod vero Julianus conditiones facti exponens duo adfert conditionum fortuitarum exempla, id non facit, ut omnino sint; quae veniunt *ex facto fortunae*, uti Cujacius scribit in *cit. L. 21.* Possunt illae ex quocunque hominis facto venire. Refero huc locum Pauli in *L. in facto 60. de cond. & dem.*, *In facto consistentes conditiones varietatem habent, & quasi tripartitam recipiunt divisionem: ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat, vel retro ne detur, ne fiat, ne obtingat. Ex his dandi faciendique conditiones in personas collocantur, aut ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum: tertia species in eventu ponetur.* Paulus hic *facti* vocabulo comprehendit etiam *datum*. Et vero verbum *facere* latissimae significationis est, omnemque *omnino faciendi caussam complectitur: dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi, L. verbum 218. de V. S.* Sed Jurisconsulti quum magis proprie & signate loquuntur, factum a dato separant, ut in *L. si statulibera 6. §. ult. de statulib.*, *& L. stipulationem 2. de V. O.* Hinc profectum tertium quoddam genus conditionum mixtarum, quae partim in dando, partim in faciendo consistunt: qualis est rationum reddendarum conditio, nam *quo ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit: quod autem ad ipsa volumina tradenda, percuntandasque & examinandas rationes, & dispungendas atque excutiendas, factum habet, cit. L. si statulib. 6. §. ult.*

Facta modo conditionum ex jure venientium mentio facit, ut aliam hic adscribam conditionum divisionem in tacitas, & expressas, de qua Marcellus in *L. ser*❧ *47.*, & Modestinus in *L. nonnunquam 52. de cond. & dem.* Tacitae sunt, quae etiam non expressae inessent. Hae proprie non sunt conditiones, & nominatim expressae quandoque non obsunt, quandoque etiam nocent. Id fuse persequar sub finem primae partis hujus Commentarii. Interim *Vid. Cujac. in cit. L. 52.*

A tacitis prope absunt conditiones praesumptae. Hae sunt quae non expressae habentur pro expressis ex conjectura pietatis. Illustre praesumptae conditionis exemplum dat Papinianus in *L. quum avus 102. de cond. & dem.*

dem., *Quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret, nepos liberis relictis intra aetatem suprascriptam decessit vita, fideicommissi conditionem conjectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum* (a testamentario) *quam dictum fuerat* (a testatore) *inveniretur*. In aliis quoque caussis, *minus scriptum, plus nuncupatum*, aut *recte datum, minus scriptum* pronuntiaeunt Jurisconsulti (*v. L. 1. §. fin autem 5. de hered.inst., & L. unum ex familia 67. §. si omissa 9. de leg. 2.*) sed primus Papinianus tacitam illam conditionem induxit. Secundum quod fuerat testamento scriptum, restituenda patruo hereditas erat. Quod vero avus filio praetulit nepotem, verisimile est voluisse eum eadem pietate pronepotem, & alios deinceps ex eodem nepote descendentes praeferre. Responsum hoc Papiniani humanitatis & sapientiae plenissimum probavit, produxitque ad alios casus Imperator Justinianus in *L. quum acutissimi 30. C. de fideicom., & in L. generaliter 6. §. 1. C. de inst. & subst.* Et anno quidem 529. priorem illam constitutionem edidit in haec verba, *Quum acutissimi ingenii vir, & merito ante alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis, si quis filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit* (ex vestigiis antiquae scripturae legit Cujacius in *cit. L. 102. subjecit*), *non aliter hoc videri disposuisse, nisi quum filius ejus sine sobole vitam suam reliquerit; nos hujus sensum merito mirati, plenissimum ei donamus eventum, ut si quis haec disposuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, & eam restitutionis post obitum gravamini subjugaverit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ii, qui restitutione onerati sunt, sine filiis, vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel proneptibus fuerint defuncti: ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere*: tum anno 530. edidit posteriorem, cujus verba sunt, *Quum invenimus excelsi ingenii Papinianum in hujusmodi casu, in quo pater filiis suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adjectione habita, optimo intellectu disposuisse, evanescere substitutionem, si is, qui substitutione praegravatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile, patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc latius & pinguius interpretandum esse credidimus, ut si quis naturales filios habeat, &* partem eis reliquerit, vel dederit usque ad modum, quem nos statuimus (*in L. humanitatis. 8. C. de natural. lib.*, cui tamen adde *Auth. licet C. eod.*) *& substitutioni eos subjugaverit, nulla liberorum eorum memione facta: & hic intelligi evanescere substitutionem liberis eam excludentibus, & intellectu optimo his, qui ad substitutionem vocantur, obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire, sed ad filios, vel filias, nepotes, vel neptes, pronepotes, vel pronepter morientis transmittente, & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine justa sobole decesserint: ut quod inter justos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quae omnia & in legatis & fideicommissis specialibus locum habere, sancimus*. Multa sunt in Papiniani responsum, Constitutionesque Justiniani adnotanda. Et primum poni a Papiniano ait Justinianus filium restituere rogatum: quum tamen Papinianus nepotem ex filio rogatum ponat. Sed hoc leve est. Fortasse Justinianus ad alium similem

millem

milem Papiniani locum spectavit, qui non fuit Pandectis insertus, fortasse cum Papiniani responsum, quod est in Pandectis, non ob oculos habentem memoria fefellit. Utramque speciem finges, una eademque erit ratio juris. Deinde *conjecturam illam pietatis*, qua Papinianus movetur, Papiniani interpres Justinianus in eo positam scribit, quod non sit verisimile, testatorem, *si de nepotibus cogitasset*, eam fuisse substitutionem facturum. Hinc conficit Cujacius, Papiniani responsum, & Justiniani Constitutiones cessare, si tempore testamenti erant liberi jam nati, notique testatori, nam de jam natis, natisque verisimile non est testatorem non cogitasse. Is igitur magis esse putat, ut fideicommissarius praeferatur. Cujacianae sententiae magnum meo judicio momentum addunt quae proxime praeeunt apud Justinianum, *evanescere substitutionem, si is substitutione praegravatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit*. Ecce primum ponit Justinianus *gravatum substitutione* heredem, tum *patrem effectum*. Demum praesumtae isti conditioni non alias est locus, quam si hereditas, legatum, fideicommissumve liberis relinquatur: hique superstitibus justis liberis vita decedant. De liberis heredibus, legatariis, fideicommissariisve nominatim loquuntur Papinianus, & Justinianus: nec tanta cujusquam est pietas erga cognatos, & parentes, quanta parentes in liberos: & porro *justae* heredum, legatariorum, aut fideicommissariorum *sobolis* meminit Justinianus: quo uno juris loco satis refellitur vulgaris opinio, quae fert, adjecta fideicommisso conditione *si sine liberis*, fideicommissarium a naturalibus excludi. *Justam sobolem* requirit Justinianus, ut naturalis sit is, qui sub ea conditione restituere rogatus est. Et scite Cujacius *in cit. L. 6.* id in eum finem cautum scribit, ne videatur invitari ad procreandos injustos liberos. Quod vulgo respondent, a Justiniano constitutum de conditione tacita produci ad expressam non posse, id movet certe risum. Ulpiani autem locus *in L. ex facto* 17. §. *si quis* 4. *ad Treb.*, quo abutuntur, ut aliud jus esse doceant in expressa, quam in tacita conditione, eis graviter obstat. Ulpiani verba sunt. *Si quis rogatus fuerit, ut si sine liberis decesserit, restituat hereditatem, Papinianus lib. VIII. responsorum scribit, etiam naturalem alium efficere, ut deficiat conditio: & in libertino, eodem conliberto hoc scribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit. Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione ejus, qui fideicommisit, accipiendum erit.* Nituntur illi responso Papiniani, quod proponit, notatque Ulpianus. Sed Tribonianus tamen fragmentum illud Pandectis inserens Ulpiani notam probat, non responsum Papiniani: ex ea autem nota constat regulae loco habendum, conditionem *si sine liberis* accipiendam esse de liberis justis: eosque tantum casus excipi, quibus testatoris dignitas, aliave voluntatis conjectura aliud postulare videatur.

Haec erant in adscriptos Papiniani, & Justiniani locos adnotanda. Ab aliis, quae alii adnotant, serio cavendum, maxime ab eo, quod adnotat Hotomanus *Quaest. illustr. cap.* 13., heredis, legatarii, fideicommissariive liberos in tacita illa conditione positos ex fideicommisso vocari: idque multo magis esse admittendum si conditio sit expressa: utrumque autem verum esse, si quis ex liberis testatoris scriptus sit heres, aut si cui

eorum

eorum relictum sit legatum, fideicommissumve; est igitur maxime cavendum, nam Papinianus, & Justinianus toti in eo sunt, ut substitutum ex conjectura pietatis in liberos excludant: heredi, legatario, fideicommissariove protestatem non adimunt de re pro suo jure statuendi: Nec obstat quod Justinianus in *cit. L. 6. §. 1.* inquit, *Intellectu optimo his, qui ad substitutionem vocantur obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire, sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente*. Ecquid aliud est, bona ad liberos transmitti, inquit Hotomanus nisi vocare eos ex fideicommisso: sed τὸ *transmittente* tanquam minus proprie dictum accipias, faciunt quum quae contra liberos in conditione positos edisserui *cap. 1. hujus 1. part.*: tum quae tria nunc subjungo. In Constitutionibus Justiniani proprietas verborum raro servatur. Ejus constitutio in *cit. L. 6.* fuit Graece scripta: in Graecis autem constitutionibus Latine vertendis saepe & graviter peccatum. Hoc plus idem Justinianus initio ejusdem Legis proposito fideicommisso sub duplici conditione disjunctiva, *si filius intestatus, vel sine liberis decesserit*, disjuncta pro conjunctis accipienda esse docet, ac proinde filio intestato mortuo, sed liberis superstitibus fideicommissarium excludi; *cui enim* (verba ejus sunt) *ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit, propter hujusmodi verborum angustias liberos ejus omni pene fructu paterno defraudari*. Hic in expressa conditione positi sunt liberi: hique praeferuntur substituto, nec tamen vocantur ex fideicommisso. Ex fideicommisso vocati *avitum*, non *paternum* fructum perciperent.

Restat conditionum divisio in possibiles, & impossibiles. His recte cognitis, illas nosse facillimum est. Impossibilis conditio est, *cui natura impedimento est, quominus existat*, §. 11. *Inst. de inut. stip.* Id unum genus impossibilis conditionis adgnoscit Cujacius in *Tit. D. de cond. inst.*: alia genera comminisci insani esse inquit. Notat is vulgo receptam in scholis, & foro conditionis impossibilis divisionem in eam, quae natura, seu facto, & eam, quae jure est impossibilis. Qui magis proprie loqui amat, is certe sentiet cum Cujacio: quamque conditionem Interpretes dictitant *jure impossibilem*, eam is *turpem* dicet. Si quis tamen malit vulgarem formulam retinere, auctorem habet Papinianum, tantum abest, ut insani notam possit mereri, Papiniani verba haec sunt in *L. si filius 15. de cond. inst. Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est*. Ita secundum vulgarem receptumque loquendi modum impossibilis conditio erit, cui natura, vel jus impedimento est, quominus existat. Jam vero quum ea, quae proprie impossibilis, tum ea quae proprie dicitur turpis, bifariam cernitur. Illa aut sui natura impossibilis est, veluti, *Si* Coelum digito tetigeris, quae fuit, est, eritque impossibilis; aut impossibilis est *hypothesi*, seu ex accidenti, de qua *cap. seq.*: haec aut *illicita* est, aut *probrosa*. Ab *illicito probrosum* separat Africanus in *L. 1. de his, quae poenae caus.* Porro Justinianus in *L. un. C. de his, quae poenae nom.*, *a probroso* separat quod est *Legibus interdictum*: & Marcianus in *L. conditiones 14. de cond. inst.* ab eo quod *contra Leges* est, illud separat, quod est *contra bonos mores*; nemo est autem, qui non intelligat, eodem redire illi-

 citum,

citum, & quod *Legibus est interdictum*, aut *contra Leges est*: itemque *probrosum*, & *quod est contra bonos mores*. Hinc *illicitam* conditionem definio, qua id comprehenditur, quod Leges exserte vetant: *probrosam* vero, qua id comprehenditur, quod ut ut Legibus non interdictum, apud bene moratos viros in probro est. Moechari turpe est, & vero etiam illicitum, *Tit. D. ad L. Jul. de adult.* Scortari est itidem turpe, *L. idem* 4. §. 3. *de condit. ob turp. caus.*, ac, si jus Ecclesiae spectes, etiam illicitum; non est tamen illicitum jure Civili, *L. si uxor* 18. §. 2. *ad L. Jul. de adult.* Civilis Lex non omnia imperat, quae honesta sunt, nec omnia vetat, quae turpia. Nihilominus haec pro turpibus, illa pro honestis habet. *V. dicta in nostris Inst. repet. praelect. tom.* 1.

C A P U T IV.

CONDITIONES, QUAE INSTITUTIONIBUS, LEGATIS, FIDEICOMMISVE NON NOCENT.

Sunt quaedam conditiones, quae testamento, codicillisve adscriptae non nocent. Eae *evanescere*, & *pro non scriptis*, aut *pro nullis haberi*, item *remitti* dicuntur, *L. si quis* 6., & *L. conditiones* 14. *de cond. inst.*, *L. obtinuit* 3., & *L. non dubitamus* 20. *de cond. & dem.* Erit igitur pura institutio, purumque legatum, fideicommissumve. Tales sunt conditiones impossibiles consistentes in faciendo, veluti, *Si in Coelum ascenderit: Si mare ebiberit*: de quibus *Forner. Lib. 6. rer. quot. c.* 29.: nam quae consistunt in non faciendo, omnino non sunt conditiones, *L. servum* 50. §. 1. *de her. inst.*, *L. in illa* 8. *de V. O.* De institutione sub impossibili conditione facta ita Vlp. in *L.* 1. *de cond. inst.*, *Sub impossibili conditione, vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari*: & generaliter de impossibilibus conditionibus *testamento*, h. e. institutioni, legato, aut fideicommisso adscriptis ita idem Vlp. in *L.* 3. *de cond. & dem.*, *Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas*. Τὸ *vel alio mendo* post factam conditionis impossibilis mentionem referri alio non potest, quam ad conditionem turpem. Haec aeque, ut illa, est pro non scripta, *L. conditiones* 14. *de cond. inst.*

Apud Vlpianum in *cit. L.* 1. momentosum est τὸ *placet*, quod juris controversi, receptiorisque sententiae indicium facit. Unum adscribam Gaji locum in *L. si Titio* 55. *de leg.* 2., *Post multas varietates placet*. Eadem vis est τῷ *obtinuit* in *cit. L.* 3., uti rectissime Cujacius in *Tit. D. de cond. inst. pr.* Faciunt huc duo Pandectarum loci, alter ejusdem Vlp. in *L. fuit* 24. *de adq. vel omit. her.*, *Fuit quaestionis*, & *obtinuit*: alter Hermogeniani in *L. quum ex uno* 32. *de obl. & act.*, *Post magnas varietates obtinuit*. Novum controversi istius juris argumentum duco ex *cit. L. servum* 50. §. 1., ubi Vlp., *Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus est*. Τὸ *secundum omnium sententiam* certe non otiatur: ac meo quidem judicio eo pertinet, ut intelligamus de conditione impossibili in non faciendo convenisse inter Jurisconsultos: de conditione autem im-

impossibili in faciendo, qualis proprie conditio est, discrepasse inter eos. Sed quae esse potuit ratio dubitandi? Ego sic facio conjecturam. Quod non uno librorum juris loco scriptum est, contractus impossibili conditione adjecta vitiari, id certum jus erat. Tanquam jus certum id non obscure proponit Marcianus in *L. non solum* 31, *de obl. & act.* ea peremtoria formula, *Nullius momenti sunt*; & luculentissime Gajus in *L.* 1. §. 11. *eod.*, ubi *constare*, ait, *sub impossibili conditione factam stipulationem inutilem esse*. Verbum *constare* nota est juris non controversi. Exemplorum abunde est apud Brissonium *Lib.* 3. *de V. S.* Hinc petenda ratio dubitandi. Quod impossibilis conditio contractibus noceret, ex eo fortasse quidam non insubtiliter conficiebant, eam nocere itidem institutionibus, legatis, fideicommissisve. At post multam disputationem evaluit sententia eorum, qui secundum regulam juris antiqui in *L. in testamentis* 12. *de reg. jur.* Voluntates testantium *plenius* esse interpretandas ajebant. Et vide quid differat inter contractus, & testamenta. Haec sola nituntur voluntate testantium: illi ex utriusque contrahentis voluntate pendent: proinde si quid impossibile contractibus adscriptum est, contrahentibus imputandum, cur illud adscribi passi sint: contra si quid impossibile adjectum est testamento, nihil potest heredi, legatario, aut fideicommissario imputari. Aequum est igitur ut impossibilis conditio, contrahenti noceat, non item heredi, non legatario, vel fideicommissario. Accedit, quod qui testantur rem maxime seriam agunt: cujus rei argumenta sunt ingravescens ut plurimum eorum aetas, morbusve, mortalitatis cogitatio, ac solemnia ipsa testamentorum, ut credendum non sit, voluisse testatores in re tam seria jocari: quin sit omnino praesumendum, eos impossibilia, vel turpia adscripsisse non ex animi sententia, sed per errorem: quo scite refert Cujacius illud Vlpiani in *cit. L.* 1. *de cond. inst.*, *vel alio mendo*. Impossibilis, turpisve conditio adscripta testamento habetur pro *mendo*, pro *errore*: nec inscite Raevardus in *L.* 135. *de reg. jur. mendum* in eo positum putat, quod impossibilis conditio adscripta sit in faciendo consistens, quae adscribi debebat consistens in non faciendo. Contra non raro homines contractus simulant scientes volentes. Haec omnia videtur expressisse Marcianus in *cit. L.* 31. *de obl. & act.*, *Contractus impossibili conditione interposita nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum, pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem*.

Num autem sui natura, an ex hypothesi, & ex accidenti impossibilis conditio sit, nihil interest. Conditionem ex hypothesi, & ex accidenti impossibilem Romani Jurisconsulti proprie vocant *falsam*. Ita Papinianus in *L. quum tale* 27. §. 7. *de cond. & dem.*, *Falsam conditionem Cassius & Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt*. Exemplo hoc utitur Papinianus, *Pamphilus, si quod Titio debeo, solverit, liber esto*. Falsa, & impossibilis conditio est, si nihil Titio fuit debitum. Simili exemplo utitur Julianus in *L. ab omnibus* 104. §. 1. *de leg.* 1., *Lucio Titio, si is heredi meo tabellas, quibus & pecuniam expromiseram, dederit, centum dato*. Hoc casu ait Jurisconsultus, *si testamenti faciendi tempore tabulae nullae fuerunt, legatum*

Titio deberi, quod ἀδύνατος i. e. impossibilis conditio pro non scripta habetur: His accedat exemplum Alpheni in *L. Maevia* 45. *de her. inst.*, *Si Fulvia filia mea vivet* (quam testator nunquam habuit), *tum mihi Lucius Titius heres esto*. Respondisse Servium, inquit Alphenus, Titium heredem fore, *quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet*. Idem, si filia erat jam mortua, respondisse Servium, itemque Cassium & Sabinum refert Pomponius in *L. multa* 6. §. 1. *de cond. & dem.* Quid si testator conditionem natura possibilem suo ipse testamento impossibilem fecit? Exempla sunt in *L. si qui* 4., & *L. mulier* 20. *de cond. inst.* Ulpianus in *cit. L.* 4. heredem unum ponit ex asse institutum sub conditione *si servum hereditarium non alienaverit*. Haec conditio possibilis est, & quoniam in non faciendo consistit, statim impletur praestita cautione Muciana, de qua multa suo loco. Cavet autem heres ei, cujus interest, *L. servo* 65. §. 1. *ad Trebell.*, i. e. coheredi, aut substituto. At ubi unus ex asse scriptus est heres, non est, cui caveat: proinde eum scribit Ulpianus *sub impossibili conditione institutum videri*. Labeo in *cit. L.* 20. virum ab uxore scriptum ex asse heredem ponit sub conditione, *si eam pecuniam*, quam ipsa doti promiserat, *neque petisset, neque exegisset*. Recte monet Cujacius in *cit. L.* 4. §. 1., accipiendum Labeonis locum non de dote profectitia, quae mortua in matrimonio muliere revertebatur ad patrem, sed de dote adventitia quae remanebat penes maritum, praeterquam si is, qui dederat, ut sibi redderetur, fuerat stipulatus, *Ulp. fragm. Tit.* 6. §. 4. & 5. Jam conditio illa possibilis est, & dato coherede, vel substituto, per acceptilationem, cautionemve Mucianam statim impletur. At marito ex asse herede, eam *esse impossibilem* Labeo inquit. Ergo in propositis, aliisque similibus exemplis conditiones id genus tanquam impossibiles remittuntur. Secundum ea, quae dicta sunt, sic generaliter habendum, pro non scriptis esse conditiones vel semper, vel ante testamentum, vel tempore testamenti impossibiles. Longe alia est ratio eorum, quae ex postfacto non possunt post testamentum impleri. Conditiones hae non remitti, aut evanescere, aut pro nullis, & pro non scriptis haberi tanquam impossibiles, sed deficere dicuntur. Tempora ista, ac diversa pro temporibus istis genera conditionum aperte distinguit Papinianus in *cit. L.* 72. §. 6. *de cond. & dem.*, *Falsam conditionem Cassius, & Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti, Pamphilus, si quod Titio debeo, solverit, liber esto: si modo nihil Titio fuit debitum: quod si post testamentum factum testator pecuniam exolvit, defecisse conditionem intelligi*, quia jam semel a testatore impleta impleri a legatario amplius non potest. Alio autem effectu conditio remittitur, alio deficit. Quae remittitur, institutioni, legato, fideicommisso non nocet: quae deficit, nocet.

Sed vereor, ne forte obloquantur idem Papinianus in *L. servo* 58. *de condict. indeb.*. & Julianus in *L. hujusmodi* 84. §. 7. *de leg.* 1. Papiniani verba sunt, *Servo manumisso fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento pervenerit. Post accipiam sine judice pecuniam* (fideicommisso comprehensam) *ingenuus pronunciatus est. Indebiti fideicommissi repetitio erit.* Testator ingenuo homini, quem servum suum falso putabat, libertatem, fideicommissumve pecuniarium reliquit testamento. Conditionem certe impossi-

possibilem fideicommisso adscripserit, *si ad libertatem ex testamento*, h. e. non alia ex caussa, quam ex caussa testamenti *pervenerit*: qui enim potest ad libertatem ex testamento pervenire ingenuus, cui non officit *in servitute fuisse, & postea manumissum esse*, §. 1. *Inst. de ingen.*? Et eam tamen conditionem Papinianus ait nocere fideicommisso, cujus proinde conditio est. Verba Juliani sunt, *Si ita cui legatum esset, si tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato, si tabulae in rerum natura non fuerint, aestimabitur implesse conditionem, si heredem liberaverit: nec ad rem pertinebit, an tunc, quum testamentum fiebat, tabulae interciderint, an postea, vel mortuo testatore*. Est itidem hic legato adscripta conditio impossibilis. Tabulas reddere, quae in rerum natura non sunt, est omnino impossibile. Et Julianus tamen ait, necesse esse, eam conditionem impleri: nec referre, num tabulae post testamentum, an ante interciderint.

Mirum quam infeliciter duo ista Pandectarum loca explicaverint antiqui interpretes juris. In specie Papiniani testatorem ignorasse ajunt ingenuitatem hominis, quem voluit manumissum: tum ex Papiniani responso regulam conficiunt, conditionem impossibilem, quae testatori possibilis visa est, pro possibili haberi, adeoque deficiente nocere dispositioni. Nec alia Dionysio Gothofredo mens fuit. In specie autem Juliani potuisse ajunt conditionem impleri per aequipollens: proinde hanc statuunt regulam, si conditio ita uti scripta est, impossibilis sit, eam si possit impleri per aequipollens, pro possibili haberi, & non impletam dispositioni nocere. Utraque regula falsa est. Posteriorem hanc falsam esse probat idem Julianus in *cit. L.* 104. §. 1. *de leg.* 1., ubi eandem conditionem de reddendis heredi tabulis, quae testamenti tempore nullae fuerunt, impossibilem esse inquit, ac pro non scripta: & impleri pariter poterat per aequipollens. Priorem illam aeque esse falsam monstrat, quod de falsa conditione jam dixi, haberi eam pro non adscripta: quod autem *falsa* appellatur, est id argumento, eam a testatore habitam pro possibili; nam Romani Jurisconsulti, ubi non de crimine agunt, *falsum* dictitant, quod per errorem creditur aliter se habere, ac vere se habet. Ita Ulpianus in *L. eleganter* 23. *de condict. indeb. Repeti posse* scribit ex falsa caussa datum. Huc itidem facit, quod est initio hujus capitis abunde demonstratum, jure praesumi omnes impossibiles conditiones testatoribus excidisse per errorem. Ecque erit igitur locorum Papiniani, ac Juliani sententia? Papiniani locum egregie praeter caeteros exposuit Franciscus Sarmientus *Selectar. interpret. Lib.* 2. *c.* 1. *n.* 27. in hunc modum. Senatusconsulto cautum scribit Imp. Alexander in *L.* 1. *C. de ingen. manumiss.*, ut qui post manumissionem *originem repeterent*, h. e. ad ingenuitatem proclamarent ea, *quae de domo manumissoris habuerant, ibi relinquerent*: quumque venisset in quaestionem, num Senatusconsulto comprehenderentur *etiam legata, ut liberto data, jurisprudentibus placuisse*, comprehendi. Ergo apud Papinianum fideicommissi repetitio est non tanquam indebiti ex impossibili conditione, sed tanquam indebiti ex eo Senatusconsulto. Apud Julianum autem pecunia ei, cui fuerat legatum, vere debebatur, nam de herede *liberando* loquitur, ac de tabulis, quae *interciderant*. Non dicitur *liberari*, qui nihil debet: neque *intercidere* dicuntur tabulae, quae *nullae* unquam *fuerunt*:

quem-

quemadmodum loquitur idem Julianus in *cit. L.* 104. §. 1., ubi nihil debitum ponit.

Facile est multa illicitarum, probrosarumve conditionum exempla repetere ex libris juris. Duo, aut tria seligam, quae interprete opus habent. Inter illicitas conditiones ea est, qua viduitas injungitur, aut quoquo modo nuptiis impedimentum infertur: quod fuisse certa Lege interdictum, patet ex *L. sed si hoc* 62. §. *ult.*, *L. quum ita* 63. §. 1., *L. hoc modo* 64., *L. quum tale* 72. §. *si arbitratu* 4., *L. mulieri* 74. *de cond. & dem.* Sed quae ea Lex fuerit, incertum. Quod Raphaeli Cumano, aliisque veteribus placuit, eam fuisse L. Aeliam Sentiam, id nemini recentiorum placere video: Et fuit tamen aliquid Lege Aelia Sentia cautum de ea re, uti mox. Eam fuisse Legem Juliam Miscellam, de qua Justinianus in *L.* 2. & 3. *C. de indict. viduit. toll.*, & *Nov.* 22. *cap.* 43. opinio est Barnabae Brissonii *Antiqu. lib.* 3. *c.* 3. Hoc idem adstruit Cujacius sub nomine Mercatoris latens *Controv. cap.* 1. 2. & 3., nisi quod Legem illam Miscellam caput facit Legis Juliae & Papiae, cujus itidem capita sunt Lex Julia *decimaria*, Lex Julia *caducaria*: quam eandem sententiam pluribus tuetur novissimus Legis Juliae; & Papiae interpres Heineccius *Lib.* 2. *cap.* 16. Non omnino dissensit a Cujacio Robertus *Controv. cap.* 1. 2 & 3. Non negat is, quod de ea Lege Cujacius scribit, sed Juliam Miscellam Papia facit recentiorem: quin ea derogatum aliquid de *L. Papia* contendit. Ego rem totam paucis transigam: & fortasse erit mea melior, quam aliorum, opera in ea re. Anno MDCCLVII. Sexto Aelio Cato, & Cajo Sentio Saturnino Coss. duae Leges Romae perlatae, Lex Aelia Sentia, & Lex Julia de maritandis ordinibus. Praeivisse *Legem* Aeliam Sentiam probat Pauli locus in *L. adigere* 6. §. 4. *de jur. patron.* Deinde sub finem anni DCCLXII. M. Papio Mutilo, & Q. Poppeo Secundo Coss. suffectis perlata est Lex Papia Poppaea, in quam mutatis nonnullis Julia influxit. Inter Legis Aeliae Sentiae capita fuisse caput de libertorum, libertarumve viduitate tollenda testes sunt Paulus in *cit. L. adigere*, & Terentius Clemens in *L. quaesitum* 31. *qui & a quib. man.* Hic *Lib. V. ad L. Juliam & Papiam* non videri inquit *contra Legem Aeliam Sentiam fecisse eum, qui non perpetuam viduitatem liberto injunxisset*: ille *Lib.* 11. *ad Legem Aeliam Sentiam* scribit, *Adigere jurejurando, ne nubat liberta, vel liberos tollat, intelligi etiam eum, qui libertum jurare patitur.* Res ita se habuit. Quod Lege Decemvirali, cujus meminit Ulp. *Fragm. tit.* 29. §. 1., libertorum, libertarumve intestato decedentium liberi excludebant patronos, solemne patronis erat a libertis, libertabusve stipulari, ne hae nuberent, illi ducerent uxores: & non raro stipulationi accedebat religio jurisjurandi. Id ne facerent patroni, ea Lex vetuit, jusque patronatus contra facientibus ademit, *L. qui contra* 15. *de jur. patronat.*, libertis tamen libertabusve jurisjurandi gratiam non fecit: proinde eos, easve contractis nuptiis perjurii poenae manebant. Sed *Lege Julia de maritandis ordinibus jusjurandum permissum*, h. e. *remissum*, non novo loquendi genere, Paulus inquit in *cit. L.* 6. §. 4. Hinc facio conjecturam, caput istud Legis Aeliae Sentiae in Legem Juliam influxisse. Sed de conditione viduitatis libertati, quo tempore dabatur, adscripta, nihil L. Aelia Sentia cautum puto; nam quibus Pandectarum locis caput illud expli-

explicatur, *patronorum*, *libertorum*, *stipulationis*, & *jurisjurandi* mentio est. Quod vero pugnabat ea conditio cum fine Legis Juliae, de quo latissime Heineccius *ad L. Jul. & Pap. Lib. 1. cap. 3.*, eam primum Lege Julia, tum Papia, in quam Julia influxit, remissam reor. Sed quid opus conjecturis? Terentius Clemens in *L. sed si 62.*, *ac L. hoc modo 64.*, itemque Gajus in *L. quum ita 63. de cond. & dem.* Legem Juliam & Papiam interpretantes de ea conditione agunt nonnullosque casus proponunt, quibus ea conditione adjecta, aut *Lex locum non habet*, aut *Legi fit fraus*. Quin in *cit. L. 64.* dicitur ea *Lex utilis Reipublicae*, *sobolis scilicet procreandae caussa lata*: quae verba alio referri, quam ad Legem Juliam & Papiam non possunt. Quantum ad Legem Juliam Miscellam sensi aliquando cum Ioh. Roberto motus argumento, quo ille utitur, in speciem plane maximo, quod conditionem viduitatis, quae Lege Julia generaliter remittebatur, a moriente conjuge superstiti injunctam non alias remitti, quam adhibito quodam temperamento, Miscella Lex jusserit: unde patet, perlata Lege Julia Miscella decessisse aliquid de L. Julia, tantum abest, ut hujus pars fuerit. Sed me a Roberti opinione illud dimovit, quod si Legem Juliam Miscellam prorsus aliam facias a L. Julia, vix ullam posses idoneam rationem adferre, cur inditum illi fuerit *Juliae* nomen; nam quod scribit Robertus, factum *Juliae Miscellae* nomen ab ejus Legislatore Julio Miscello, id mihi nunquam verisimile fiet; primum enim nulla Lex est, quae duplex a latore uno acceperit nomen: deinde istius Julii Miscelli nusquam mentio. Et frustra laudat in suam sententiam Robertus Justiniani *Nov. 22. cap. 43.*, ubi de temperamento, quo superstiti conjugi permittebatur ea Lege secundas nuptias contrahere, haec leguntur, *Sed hanc adjectionem ipse Julius Miscellus haud invenit*; namque in eo Novellae loco latine reddendo certe erravit interpres. In Graeco textu est Μίσκελλας, *Miscella*, non Μίσκελλος, *Miscellus*, nec dubitandum, quin verba Ἰούλιος Μίσκελλας praeiverit verbum νόμος, quod interpretis oculos fugit. De hoc ne ambigas, faciunt alia, quae praeeunt eodem ipso Capite, Graeca verba Latine reddita in hunc modum, *Lex*, *quae vocatur Julia Miscella*, *Lex antiqua*, *Lex vetusta*, *filiorum procreationis proponens studium &c.* Haec eadem verba faciunt, ut Cujacio adsentiar Legem illam referenti inter capita Legis Juliae. Haec prae aevo Justiniani *antiqua* Lex erat; haec maxime omnium *proposuit studium procreationis*, Roberti argumentum nihil moror, namque eo Legis Juliae capite, quod Juliam Miscellam vocamus, non tam Legi Juliae derogatur, quasi Lege posteriore, quam regulae modus proponitur, seu casus regulae exemtus, quam praecedentia ejusdem Legis capita praescripserant. De ratione nominis *Miscellae* inferius.

Jam verba Juliae Legis, quae conditionem viduitatis remisit, aetatem non tulere. Fortasse in iis fuit verbum *viduitas* frequentissimum in Libris Jurisconsultorum, quibus locis ea Lex enarratur. Sive autem sit verbum ipsius Legis, sive Jurisconsultorum, certe ad utrumque sexum pertinet, *L. heres meus 79. §. ult. de cond. & dem.*, & ad virgines aeque, ac viduas, *cit. L. 63.*, *& cit. L. 64 eod.*: quod a proprietate latini sermonis non abhorret. Legis sententiam expressit Papinianus in *cit. L. 72. §. 4.* in haec verba, *Legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.*

tur. Legis sententiam verbis, seu scripturae Legis opponi, multoque latius, quam verba patere, constat ex *L. Divus* 15. §. *& quatenus* 3. *ad L. Cornel. de fals.*, *& L.* 1. §. *incidit* 13. *ad senatusc. Turpil.* Hinc mihi verisimile fit, remissam verbis Legis eam solam conditionem, quae proprie, & ἁπλῶς injungeret viduitatem, qualis est conditio, *si non nupserit*: tum Jurisconsultos optimum factu ratos Legem Reip. utilem *interpretatione adjuvare*, uti Terentius Clemens loquitur in *cit. L.* 64. §. 1., idem ex sententia Legis respondisse de iis conditionibus, quibus licet proprie & ἁπλῶς non injungeretur viduitas, fraus tamen fiebat Legi: quales sunt, quae nuptias faciunt difficiliores, cujus rei argumenta ex loci, temporis, personarumque circumstantia habes apud Terentium Clementem in *cit. L.* 64. §. 1. ubi, *si ita scriptum esset, Si Ariciae non nupserit, interesse*, ait, *an fraus Legi facta esset; nam si ea esset* (mulier), *quae alibi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandoe Legis esset adscriptum*. De circumstantia temporis nihil est, quod sciam, expresse cautum in Libris juris: quin satis multi sunt, qui male accepto Terentii Clementis loco in *cit. L.* 62. §. *ult. eod.* putant, Legem ad viduitatem temporariam non pertinere. Sed quum illud quod Papinianus scribit in *cit. L.* 72. §. 4., *Legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur*: tum quod in *cit. L.* 64. §. 1. continuo subjicit Terentius Clemens, *Legem utilem Reipublicae, sobolis scilicet procreandae caussa latam, adjuvandam interpretatione*, movent me, ut ab iis seorsim sentiam, idemque de tempore dici oportere contendam; quid enim si mulieri injungatur viduitas ad id usque tempus, quo aut deflorescens forma, aut ingravescens aetas spem minuat nuptiarum, atque adeo faecunditatis? Certe fiet Legi fraus. In rem quoque est is idem Terentii Clementis locus in *cit. L.* 62. §. *ult.*, quem in suam illi sententiam laudant, *Quam vir uxori, si a liberis ne nupserit, in annos singulos aliquid legavit: quid juris sit? Julianus respondit, posse mulierem nubere, & legatum capere: quod si ita scriptum esset, Si a liberis impuberibus ne nupserit, Legem locum non habere, quia magis cura liberorum, quam viduitas injungeretur*. In posteriore hoc casu viduitas injungitur ad tempus, i. e. quousque liberi puberes fiant. Ratio autem, cur non remittatur conditio, non ex eo, quod Reip. magis interesse videatur, vacare matrem liberis educandis ea aetate, qua mores formantur, quam soboli procreandae. De circumstantia personarum scriptum est aliquid in Pandectis. Sed refert, num conditio personam designet, cum qua faciendae, vel non faciendae sunt nuptiae, an alium, cujus arbitrio faciendae sunt, cujusve interest nuptias non fieri. Quod ad prius pertinet, regulae loco habendum, heredem, legatarium, fideicommissarium, hereditate, legato, fideicommisso excludi, nisi pareat conditioni. Ita Gajus in *L. quum ita* 63. §. 1. *de cond. & dem.*, *Si legatam sit, Si Titio nupserit, dubium non erit, quin nisi paruerit conditioni, excludatur a legato*. Ita Terentius Clemens in *L.* 64. *eod.*, *Hoc modo legato dato, si Lucio Titio non nupserit, non esse Legi* (Juliae) *locum, Julianus ajebat*. Quin si legatum sit sub conditionem, *si neque Titio, neque Sejo, neque Maevio nupserit, & denique si plures personae comprehensae fuerint, magis placuisse*, inquit Gajus in *cit. L.* 63. *pr.*, *cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum*. Regulae ratio

tio haec est. Qui ita legat, *si Titio nupserit*, certas praefert nuptias, ad easque proposito lucro mulierem invitat: tantum abest, ut viduitatem injugat, Multo minus injungere viduitatem videtur, qui legat *si neque Titio, neque Sejo, neque Maevio nupserit*, namque alii cuilibet *satis commode nubere* mulier potest, *cit. L. 63. pr.* Casus duos excipio, alterum, si *indignus sit Titius*, cui nubere mulier jubetur, hoc enim tale est, verba sunt *cit. L. 63. §. 1., quale si generaliter scriptum esset, si non nupserit: imo, si verum amamus, durior haec conditio est, quam illa, si non nupserit; nam & caeteris omnibus nubere prohibetur, & Titio, cui inhoneste nuptura sit, nubere jubetur;* alterum, si tot sint personae, quibus prohibetur mulier nubere, ut nec quo loco est, nec alibi nubere alii commode honesteque possit: quo spectare arbitror *Tó satis commode* apud Gajum in *cit. L. 63. pr.* Quod pertinet ad posterius, regula haec est, si qua conditioni inferat ur persona, cujus arbitratu nuptiae fiant, cujusve intersit nuptias non fieri, conditionem remitti. De nuptiis alterius arbitratu faciendis ita Papinianus in *cit. L. 72. §. 4., Si arbitratu Titii Seja nupserit, heres meus ei fundum dato. Vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere, respondendum est: eamque Legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur; sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficit, quia tamen suspensa quoque conditio pro nihilo foret, mulieri succurretur.* Idem habent Paulus in *L. filiae 28. eod.*, & Pomponius in *L. turpia 54. §. 1. de leg. 1.* Arbitratu illo nuptiis moram fieri, quis non facile intelligit? Is, cujus arbitratu nuptias contrahere testator jussit, potest nolle arbitrari; potest hae, illasve nuptiae non probare, aut saltem caussando ducere in longum. Certe autem labuntur, qui putant, Titii *arbitratum*, de quo Papinianus, esse liberum arbitrium, quod nulla coercet necessitas juris, non arbitrium boni viri, quod aequitatis vinculo continetur, quasi collatis in prius illud arbitrium nuptiis, remittatur conditio, collatis in posterius, omnino sit conditioni parendum. His obstat Ulpianus, qui in *L. 1. §. 1. de leg. 2., Placere*, inquit, *in testamentis arbitrium alterius* pro viri boni arbitrio accipi: obstat idem Papinianus; qui, si *arbitrium alterius*, quum pro arbitrio boni viri, tum pro libero arbitrio accipi posse existimasset, contra quod plerisque Prudentum placuerat, certe fuisset in respondendo ea distinctione usus: neque illud continuo subjunxisset, quo utrumque arbitrium excluditur, *eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur:* quin in ambigua oratione tueri debuisset voluntatem testatoris, ac *Titii arbitratum* acciperet pro viri boni arbitrio. *Quoties ambigua oratio est*, verba sunt Juliani in *L. 13. de reb. dub., commodissimum est id accipi, quo res magis valeat, quam pereat.* At enim *in viri boni arbitrio non esse moram* scribit ipse idem Ulpianus in *cit. L. 1. §. 1.* Ita vero, sed distinguendum est in hac re jus a facto. In arbitrio viri boni jure non est mora, quia continetur arbitrium illud vinculo aequitatis, quae jure est certa, facto autem in eo arbitrio est mora; namque expectandum est, dum arbitrium illud explicetur: ac si iniquum videatur, adeundus est Magistratus: sicque facto infertur nuptiis impedimentum contram sententiam Legie. Ita obicem hunc amoveo, quem nemo, quod sciam, amovit ad hunc diem. De persona, cujus interest nuptias non fieri, ita idem Papinianus

in cit. L. 79. §. ult. de cond. & dem., *Quod in fraudem Legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habent, veluti, Titio patri centum, si filia, quam habet in potestate, non nupserit, heres dato:* vel, *Filiofamilias, si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato*. Loquitur Papinianus de eo, qui fraudem Legi facit, non de eo, qui facit contra legem: quae diversa inter se sunt. Contra Legem facit, qui id facit, quod Lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis Legis, sententiam ejus circumvenit, *L. contra 29. D. de leg.* Ergo verbis Legis comprehendebatur is casus, quum conditio non nubendi ad eam ipsam personam spectabat, quae testamento, codicillisve honorabatur: quae ratio est, cur legatum illi, puta Titio relictum sub conditione, si mulier, puta Maevia non nupserit, contractis nuptiis defecisse, ideoque peti nequaquam posse rescripserit Gordianus in *L. 1. C. de ind. vid. toll.* Quod vero Legis sententia erat, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur, eam circumveniri utraque illa formula, recte sensit Papinianus ex circumstantia personae, namque in priore formula persona, cui legabatur, non extranea erat, sed pater: persona, autem, quam spectabat conditio filiafamilias erat, quae justas contrahere nuptias non poterat sine illius consensu: in posteriore itidem non extraneae personae legabatur, sed filiofamilias: & conditio patrem spectabat, cui per filium adquirebatur legatum: ut proinde esset utroque casu jure metuendum, ne pater legati lucrum nuptiis praeferret. Sed hinc duplex nascitur quaestio: altera, num quod ait Papinianus de legato patri relicto sub conditione, si filia in potestate ejus constituta non nupserit, locum habuerit jure civili in sui juris filia, quae inscio etiam patre juste nubit: aut habeat hodie locum jure Canonico, quo nuptiae filiorumfam. invitis etiam parentibus valent: alteram, num quod ait de legato filiofam. relicto, si pater uxorem non duxerit, locum habeat jure novo, quo bona adventitia filiorumfam. non transeunt ad patres. Haec fuse disputat in utramque partem Emanuel Costa in *cit. L. quum tale 72. §. 4. de cond. & dem. pag. m. 102. & 103.* Ego, quod pertinet ad priorem quaestionem, Papiniani locum ad positas species non ausim producere. Nominatim de *filiafamilias* loquitur Papinianus: & quum hominis stylus, tum proposita juris ratio vix possunt pati, ut verbum illud supervacuum dicas. Porro alia est ratio juris civilis, quae Papinianum movit, alia ratio juris Canonici, quo apud nos nuptiae reguntur. Quod vero ad posteriorem pertinet, quum bonorum adventitiorum ususfructus transeat ad patrem, esse adhuc definitioni Papinianeae locum puto.

Haec omnia favor nuptiarum induxit. Sed pravalet favor libertatis: *Servi usufructus*, verba sunt Pauli in *L. Titio 96. §. 1. de cond. & dem.*, *mulieri, quoad vidua esset, legatus e idem servus, si ea nupsisset, liber esse jussus est. Si mulier nupserit, liber erit* (sicque legatum ususfructus intercidet) *quia potior est legato libertas*. Hinc ducto argumento traditum vulgo est, idem dicendum de legato in aliam quamcumque piam caussam relicto sub conditione, si mulier nupserit. Sed vix alia pia caussa est, cujus tantus, quantus libertatis est favor.

Verbo illo Pauli, *quoad vidua esset*, moneri me sentio, ut expendendum adgrediar, quod Accursius, Bartolus, & plerique interpretum docent;

cent: aliud esse mulieri legare, *donec*, vel *quoad nubat*, aliud legare, *si non nupserit*: posteriore hoc casu conditionem pro non scripta esse, priore illo legatum, si mulier nupserit, amitti. Moventur verbis Javoleni in *L. legatum* 17. *de ann. leg. pr.*, *Legatum ita est*, *Attiae*, *donec nubat*, *quinquaginta damnas esto heres meus dare*, *neque adscriptum est*, *in annos singulos*. *Labeo*, *Trebatius praesens legatum deberi putat*, *Sed rectius dicetur*, *id legatum in annos singulos deberi*. Moventur ea ratione, quod injungi in proposita specie videtur temporaria viduitas, quam leges injungi sinunt. Verum hoc, quod ajunt de viduitate temporaria, falsum esse evici: nec quod conficiunt ex textu Javoleni, consequitur ex eo textu. Negat ibi Javolenus, legatum esse praesens: annuum esse ait. Quod esse annuum inquit, ex eo illi conficiunt, annuum esse, donec mulier nubat: at sequi ex eo aeque potest, annuum esse, dum vivat, quamvis nupserit. Igitur locus Javoleni in rem non est. Contra in rem est, & adversus eos facit suprascriptus Pauli locus in cit. *L.* 96. §. 1. Legatur ibi mulieri *quoad vidua est*. Ei nubenti non debetur legatum. Id vero facit favor libertatis. Ergo ubi non de favore libertatis agitur, legatum etiam post nuptias debetur. Sed quod de hac re Oldradus habet *Cons.* 162., dignissimum est, quod aequus judex sequatur. Interest, quo animo legatum sit in eum modum, nam potuit eo animo legari, ut nuptiae impedirentur: & hoc casu τὸ *quoad vidua esset* aeque remittitur, ac τὸ *si non nupserit*: potuit & eo, ut mulieri, quae maritum, a quo aletetur, non haberet, annuo illo legato succurreretur: & hoc casu contractis nuptiis amittitur legatum, quasi hujus caussa cessante. Aequissimam hanc Oldradi sententiam non obscure meo quidem judicio confirmat Terentius Clemens in cit. *L.* 63. §. *ult. de cond. & dem.*, ubi legato mulieri dato, *si a liberis impuberibus ne nupserit*, Legi non esse locum scribit, *quia magis cura liberorum, quam viduitatis injungeretur*. Quod in specie Terentii Clementis honesta caussa matrimonii impediendi animum excludens suasit, suadere idem potest in specie Pauli aeque honesta, animumque nuptiis inimicum aeque excludens caussa innuptae mulieri subveniendi. Eandem sententiam multo etiam luculentius confirmat Alphenus Varus in *L. filiae* 22. *de ann. leg.*, *Filiae meae quotiescumque vidua erit, in annos singulos centum heres meus dato*. *Quaeritur, si filia minus annui temporis vidua fuisset, numquid minus ei centum deberentur*. *Respondit, sibi videri, tametsi totus annus nondum fuisset, tamen deberi*. Species Alpheni proxime accedit ad speciem Pauli, nisi quod hic utitur adverbio *quoad*, ille adverbio *quotiescumque*: quae duo adverbia eo videntur differre, quod qui mulieri legat, *quoad vidua est*, legasse intelligitur in id tempus, quo ea primum est vidua, *arg. L. boves* 89. §. 1. *de V. S.*: qui vero legat, *quotiescumque vidua est*, certe legat in id etiam tempus, quo ea iterum, tertio, & quotiescumque vidua efficitur. Caeterum quemadmodum non dubitat Alphenus, quin contractis nuptiis amittat filia legatum; nam si non amitteret, frustra quaereretur, num ei intra annum nubenti integrum ejus anni legatum debeatur, an ejus pars pro rata temporis, quo vidua fuit; ita dubitandum non est, quin testator apud Alphenum adverbio usus *quotiescumque* primas, & secundas nuptias filiae permiserit: tantum abest, ut impedimentum voluerit nuptiis inferre.

Nunc de Lege Julia Miscella. Hujus Legis sententia, quantum colligere est ex *L. 2. C. de indict. viduit. toll.*, & ex *Nov. 22. cap. 43.* haec erat. Conjux, cui erat aliquid a conjuge relictum sub conditione viduitatis, si intra annum jurabat, se liberorum quaerendorum caussa ad secundas nuptias transire, relictum quasi non adscripta ea conditione capiebat: si is annus abiret, nec jurasset, contractis secundis nuptiis petere relictum non poterat: nondum contractis, non aliter capiebat, quam praestita cautione Muciana. Quum in *cit. L. 2.*, tum in *cit. Nov. 22.*, quibus locis sententia proponitur ejus Legis, maritorum, uxorum, secundarumque nuptiarum nominatim fit mentio, ut mirari satis non possim Cujacii confidentiam adversus Robertum contendentis, pertinuisse eam Legem etiam ad virgines. Senatusconsulti nescio cujus ad eam Legem facti meminit quoque Justinianus in *L. 2. C. eod.*

Nunc commodum est inquirere in rationem nominis Legis Miscellae. Factum id nomen non a Julio Miscello, uti superius est demonstratum: nec ex eo, quod utrumque sexum comprehenderet: quae Cujacii opinio est in *cit. Tit. C.*, ita enim vix ulla Lex esset, quam non diceres jure Miscellam; sed vel ex eo, quod constaret caput illud Legis Juliae ex ipsa Lege Julia & Papia, itemque ex eo Senatusconsulto, & cautione Muciana, uti conjicit J. Gothofredus ad *L. Jul. & Pap.*, vel ex eo, quod praeter ea, quorum meminit Justinianus, alia etiam multa, ac diversa complecteretur, quorum notitia intercidit. Ita Lex *Miscella*, uti Lex *Satura*, diceretur: quod eidem Cujacio sub nomine Mercatoris latenti suboluit *Lib. 1. notat. cap. 2.* Legem istam abrogavit Imp. Justinianus sub initium anni 531. Extat ejus Constitutio in *cit. L. 2.*, qua jurisjurandi illius, cautionisque necessitate remissa liberum viduis nubendi arbitrium permisit, dum tamen, si existerent liberi, salva eis esset relictorum proprietas. Justinianum movit bonum Reip., cujus interest, numerum civium ex justis nuptiis procreatorum augeri: movit itidem metus, ne mulieres, quarum aliae solo nuptiarum desiderio, aliae *propter necessitatem*, uti dicitur in *Nov. 22. cap. 43.*, h. e. paupertatis levandae gratia secundo nubunt, jurare coactae, se liberorum quaerendorum caussa nubere pejerarent. Tum quod ea Constitutio nominatim de feminis loquebatur, altera ejusdem anni Constitutione, quae extat in *cit. L. 3.* idem de masculis cavit. Sed anno 536. Justinianum facti poenituit. Si quid igitur conjux conjugi relinqueret sub conditione viduitatis, *usque ad annum penitus esse* noluit *petitionem relicti*, nisi superstes conjux Deo se vovens spem praecideret nuptiarum: post annum vero non aliter caperet, quam si nuptiis contractis acceptum cum fructibus restitui caveret: atque hoc est jus novissimum *Nov. 22. cap. 44.*, unde decerpta est *Auth. cui relictum C. eod.*, uti & illud diserte exprimitur, num a conjuge, an a *qualibet persona* relictum sit, non referre.

Probrosarum conditionum numero est conditio certo loco morandi. Insignis est in hanc rem Papiniani textus in *L. Titio centum 71. §. 2. de cond. & dem.*, *Titio centum relicta sunt, ita ut a monumento non recedat, veluti in illa civitate domicilium habeat. Potest dici, non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur, Sed in defuncti libertis alio jure utimur,*

Ti-

Tὸ potest dici, ac *Tὸ alio jure utimur* non obscure probant, conditionem certo loco morandi nulla certa lege remissam. Igitur probrosa; non illicita conditio est. Cautio, cujus meminit Papinianus, est cautio Muciana, de qua dictum aliquid, & multo plura inferius dicentur. Quod Mucianae cautioni non est locus, ex eo patet, conditionem illam remitti tanquam turpem, quippe qua infringitur jus libertatis, *nihil enim multum*, verba sunt Venuleji in *L. nihil 2. D. de hom. lib. exhib.*, *a specie servientium differunt, quibus facultas non datur recedendi*. Remittitur autem ea conditio in ingenuis, non in libertis. Publice quidem interest, non minui libertatem, quae *non privata, sed publica res est*, *L. si quis rogatus 53. de fideicom. lib.*, in quam vide A. Fabrum *Jurispr. Papin. tit. 3. pr. 2. illat. 3.*, sed vide, quid differat ab ingenui hominis libertate libertas liberti. Haec patroni beneficium est, illa naturae. Si quis conditionem illam homini ingenuo injungit, naturae jus laedit, quod semper esse sanctissimum debet: si quis injungit liberto, reposcit ab eo grati, & obsequentis animi significationem, quam, secundum naturam est, a liberto edi patrono. Solemne olim patronis erat libertis legare ea lege; ut in eorum sepulchris morarentur, *L. libertis 18. §. ult. de alim. & cibar. leg.* Apud Romanos ditiorum sepulchra non ad corpora solum humanda, sed ad habitationem fuisse constructa, collatis multis Jurisconsultorum, aliorumque Auctorum locis probat Franciscus de Amaya *observ. jur. Lib. 1. cap. 6.*

Verba illa Papiniani *ita ut a monumento non recedat*, *vel ut in illa Civitate domicilium habeat* modum continent, non conditionem. Hinc moti veterum nonnulli, in quibus est Bartolus, aliud de modo, aliud de conditione jus esse arbitrantur. Laudant quoque in suam sententiam Labeonis locum in *L. qui quatuor 30. §. uxori D. de leg. 3.* Illius autem discriminis rationem hanc afferunt, quod quae in conditione sunt, ea non sint in obligatione, obliget tamen modus: qua ratione quid magis absurdum? Non diffiteor, quae in conditione sunt, non esse in obligatione, sed quis non facile intelligit, adjecta hereditati, legatis, fideicommissisve conditione turpi, hominis animum allici ad turpia spe lucri? Id vero est, quod pati Leges non possunt. Jure Pandectarum conditio viduitatis testamento inserta remittitur, & viduitas tamen non est in obligatione. Quod autem ea conditio hominis animum allicit ad viduitatem, hoc uno creditum est nuptiis impedimentum adferri. Ita conditio morandi certo loco hominis animum allicit ad servitutem, atque hoc uno jus libertatis infringit. Hoc argumento a simillima conditione ducto moveor, ut locum Labeonis aliorsum esse accipiendum rear, quam contrariae opinionis assertores accipiunt. Ejus verba sunt, *Uxori meae, dum cum filio meo Capuae erit, heres meus ducenta dato. Filius a matre migravit. Si ambo Capuae habitassent, legatum matri debitum iri, putavi, quamvis una non habitassent; sin autem in aliud municipium transissent, unius anni tantummodo debitum iri, quo una habitarent quantolibet tempore.* Trebatius ait. *Videamus, an his verbis, dum cum filio Capuae erit, non conditio significetur, sed ea scriptura pro supervacua debeat haberi: quod non probo: sin autem per mulierem mora non est, quominus cum filio habitet, legata ei deberi.* Ecce conditio, *dum cum filio Capuae erit*, pro supervacua, seu pro non adscripta esse videbatur: id

vero

vero non probat Jurisconsultus: & ea tamen uxorem legatariam certo loco coercens jus libertatis infringit. Nam in specie Labeonis ideo probatur conditio Capuae morandi, quia injungitur matri in utilitatem filii, cujus commodis matrem servire etiam cum aliquo libertatis dispendio, honestum est? Sic mihi fuit aliquando persuasum de hac re. Nunc sententiam muto; ait enim Labeo, si ambo, i. e. mater & filius alio, puta Neapolim demigraverint, legatum matri non deberi: deberi autem, si per matrem mora non fit, quominus Capuae habitet, filius vero solum mutet: unde facile est intelligere, testatorem magis ad certum locum, quam ad filium spectasse. Num conditio Capuae cum filio morandi ideo probatur, quia ea non invitatur mulier ad speciem perpetuae servitutis, ad quam invitaretur adjecta legato conditione, si Capuae domicilium habuerit, aut, si Capua non recesserit, quem casum tractat Papinianus in cit. L. 71. §. 2.? Ita visum Emanueli Collae *Select. interpret. cap. 19. n. 5.*, & Francisco de Amaya *cit. cap. 6. n. 32.* Sed nihil est apud Papinianum, aut Labeonem, quod differentiae istius faciat indicium, nec videtur posse ingenuo homini temporaria servitus imponi, quemadmodum injungi temporaria viduitas non potest. In re perdifficili versamur: proinde esse cuique liberum debet facere conjecturam: Mea haec est. De legato annuo loquitur Labeo, uxori relicto *dum cum filio Capuae erit*. Aliud est alicui legare, *si* Capuae erit: aliud, *dum erit Capuae*. Qui legat adjecta particula *si*, vere & proprie legat sub conditione, cujus ea vis est, ut si legatarius esse Capuae desierit, legata praeteritorum annorum, quibus Capuae fuit, restituere cum fructibus compellatur: qui vero legat adjecta particula *dum*, non omnino legat sub conditione. Hujus conjecturae auctor est mihi idem ipse Labeo, qui ait uxori legatum ejus anni, quo Capuae fuit, *quantolibet tempore* inibi fuerit. Ergo non videtur dubitare, quia ea possit recte retinere legata praeteritorum annorum, quibus Capuae habitavit. Contra meminit Papinianus Mucianae cautionis, quae in eo est posita, ut legatarius legata cum fructibus restituere compellatur, *L. heres 79. §. 2. de cond. & dem.* Nunc vide, quid a specie Papiniani differat species Labeonis. Hic mulierem alio demigrantem legata futuri temporis capere non patitur, legatis praeteriti temporis non privat: ille etiam privat legatis praeteritorum annorum. Ita uno casu mulier non facit lucrum, altero patitur etiam damnum. Multo graviorem, atque ingenuo homine indignissimam posteriore hoc casu servitutem imponi, quis est, qui non videat?

Restat conditio jurisjurandi, quae illicitis est accensenda, nam remittitur edicto Praetoris, *L. quae sub conditione 8. de cond. inst.*, *& L. si quis libertatem pr. de man. test.* Edictum autem Praetoris partem esse juris civilis, vimque legis obtinere non ambigitur. De conditione jurisjurandi pulchre Ulpianus in *cit. L. 8. de cond. inst.*, *Quae sub conditione jurisjurandi relinquuntur, a Praetore reprobantur, providit enim, ne is, qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, aut, omittendo conditionem, perderet hereditatem, legatumve: aut cogeretur, turpiter accipiendi conditionem jurare. Voluit ergo eum, cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur, & recte, quum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum contemtu religionis, alii perquam*

timidi

timidi metu Divini numinis usque ad superstitionem; ne vel hi, vel illi, aut consequerentur, aut perderent, quod relictum est, Praetor consultissime intervenit; etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione. Verum id perpetuum non esse monet Marcellus in *L. non dubitamus* 20. *de cond. & dem.*, ubi, *Non dubitamus*, inquit, *quin turpes conditiones remittendae sint: quo in numero plerumque sunt etiam jurisjurandi.* Tò *plerumque* argumento est, eam conditionem aliquando non remitti. Et vero scribit Paulus in *L. municipibus* 97. *eod.*, *Municipibus, si jurassent, legatum est. Haec conditio non est impossibilis. Paulus. Quemadmodum ergo pareri potest? Per eos jurabunt, per quos municipii res geruntur.* Porro Ulpianus in *cit. L. 12. pr. de manumiss. test.*, *Si quis*, inquit, *libertatem sub jurisjurandi conditione reliquerit, edicto Praetoris locus non erit, ut jurisjurandi conditio remittatur.* Sed non levis est operae utrinsque istius loci rationem adferre. Quod ad priorem illum pertinet, quidam putant, id unum fuisse Paulo propositum, docere impossibilem non esse conditionem jurisjurandi municipibus injunctam: ex eo autem non sequi, conditionem illam probari. At quis facile credat, Paulo tantum otii fuisse ab re sua, ut quaereret, num impossibilis esset ea conditio, quae etiamsi possibilis esset, pro non adscripta habebatur? Praestat sentire cum aliis, in quibus est Duarenus in *Tit. D. de cond. inst. cap.* 4. loqui Paulum de conditione jurisjurandi in praeteritum tempus collata. qualis conditio proprie conditio non est, nec remittitur Edicto Praetoris. Jurare in futurum tempus nihil habet utilitatis: at jusjurandum, quod in praeteritum tempus confertur, fidem facit rei gestae, de qua constare aliás non potest. Ergo ubi quaeritur, num sit jurandum, nec ne, inquirendum est in caussam jurisjurandi. *Si* qua in eo posita utilitas est, omnino jurandum: ac vel ipse Praetor litium expediendarum gratia jurare cogit, aut solvere, *L. 1.*, *& L. jusjurandum 34. §. 6. de jurejur.*, si nulla jurisjurandi utilitas est, remittitur. Ita ambiguam illam Pauli orationem, *si jurassent*, regulam juris sequuti in *L. quoties 13. de reb. dub.* sic interpretamur, ut res magis valeat, quam pereat. In eundem modum accipiemus, quod scribit Javolenus in *L. Antistius 62. de adq. her.*, heredem scriptum sub conditione, *si juraverit*, pro herede gerere, si ut heres juravit. Quantum ad posteriorem Ulpiani locum, ejus ratio ab ipso Ulpiano subjicitur in haec verba, *Et merito, nam si quis remiserit conditionem libertatis, ipsam libertatem impedit: dum competere aliter non potest, quam si paritum fuerit conditioni.* Sed verbis istis id unum bis inculcatur, ut libertas competat, omnino esse jurandum, nulla autem ratio adfertur, quare id de libertate testamento data jure peculiari sit constitutum contra quam edicto Praetoris cautum est de aliis testamento relictis. Quandoque ipsi veteres Jurisconsulti rationes juris nullo famae periculo ignorabant, regulas per manus traditas nosse contenti, uti scite Merillius *Obs.* 34., *& in Quinq. Decis. Just. cap.* 22., non raro etiam rationes juris reddituri, principium, ut in scholis dicitur, petunt, suntque exempla apud *Rad. Forner. Rer. quotid. lib. 3. c.* 23. Peremtoria illa Ulpiani clausula *non potest* certum certi juris indicium facit: qua de re J. Gothofredus in *L. quae ab initio* 210. *de.*

reg

reg. jur., ratio autem latet in obscuro. Num ideo jurare cogebatur servus, quia cogi non poterat facere, quod se facturum juraverat? Hanc mihi animo injicit conjecturam locus Pauli in *L.* 36. *de man. test.*, ubi, *Servum*, inquit, *testamento ita manumisi, si juraverit, se Cornelio filio meo decem operarum daturum, liber esto. Quaeritur, quid juris sit. Et sciendum est, jurando servum conditionem implere, sed non teneri operarum nomine, quia nisi post manumissionem juret, non obligatur*. Liber homo, quamvis non juret, facere obligatur, quod erat jussus jurare, actiones non aliter habiturus, quam si fecerit, *cit. L.* 8. §. *quotiens* 6. *de cond. inst.* Nihil est igitur necesse, eum jurare. At servi sive injurati, sive jurati nulla obligatio erat: proinde quo voluntati testatoris pareret, expedire visum fuit, adstringi eum religione jurisjurandi. De conditione jurisjurandi contractibus apposita videndus Emanuel Costa in *L. quum tale* 72. §. *si arbitratu de cond. & dem. p.* 116. *col.* 2.

Huic capiti finem imponant conditiones, quae *perplexae*, quaeque *supervacuae* dicuntur. Perplexae sunt, quas circuitus quidam in semetipsum recurrens inexplicabiles facit. Perplexae conditionis exemplum affert Marcianus in *L. talem* 15. *de her. inst.* Stichum ponit a domino scriptum heredem in hunc modum, *Stichus liber esto, & si liber erit, heres esto*. Quoniam autem libertas non prius competit, quam adita hereditate, *L. nam quum* 8. *quand. dies leg.* vides, Stichum non ante posse liberum esse, quam heres fuerit: at eum tamen non ante esse heredem vult dominus quam fuerit liber. Ita debet hereditas libertatem, & libertas hereditatem praeire: quo circuitu in semetipsum recurrente conditio fit inexplicabilis, atque impossibilis. Jam in proposito casu de vi institutionis quaerebatur. Et ait Marcianus, *Talem institutionem quidam valere non putabant*. Hos fuisse Sabinianos putat Cujacius, *arg. L. quotiens* 9. §. *si quis ita* 14. *de her. inst.*, ubi probatur contraria sententia Labeonis, Neratii, & Aristonis, quorum hunc Proculianum fuisse, indicium faciunt quum notae, quas scripsit ad Cassium & Sabinum, quo uno argumento haud satis idoneo Cujacius utitur, tum alia, quae de hac re habet Gotfridus Mascovius *de sectis Sabin. & Proc. cap.* 5. §. 3.: illos fuisse Proculianos non ambigitur. Tandem secundum sententiam Proculianorum a Divo Marco rescriptum addit Marcianus, eam *institutionem, valere, perinde atque si non esset adjectum, si liber erit*. De hac re redibit sermo *cap. seq.* Supervacuae conditiones sunt, quae ut ut adscriptae mutare conditionem juris non possunt: proinde sunt pro non adscriptis. Exemplum est apud Pomponium in *L. si Titio* 22. §. 1. *quando leg.*, *Quaedam conditiones etiam supervacuae sunt, veluti si scribat, Titius heres esto: si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato, nam pro non scripta ea conditio erit, ut omnimodo ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit*.

CA-

CAPUT V.

CONDITIONES, QUAE INSTITUTIONIBUS, LEGATIS, FIDEICOMMISSISVE NOLENT.

NON nocere dixi conditiones, quae sunt pro non scriptis: nunc nocere eas dico, quae vitiant institutiones, legata, fideicommissa. Sed non una omnium est ratio. Nocent quaedam institutionibus, non item legatis, fideicommissisve: quaedam his aeque, ut illis nocent. Ecce filio relinqui legatum fideicommissumve non potest sub qualibet conditione: *non tamen sufficit*, verba sunt Papiniani in *L. ult. de cond. inst.*, *sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate*. Eadem habent Ulpianus in *L. suus* 4. *pr. de her. inst.*, & Paulus in *L. Lucius* 83. *de cond. & dem.* Igitur institutioni filii nocet conditio aut mere fortuita, aut mixta. Num autem conditio in potestate sit, nec ne, facti esse, atque ex circumstantiis aestimandum, subjicit Ulpianus in *cit. L.* 4. §. 1. Quod Papinianus, Ulpianus, Paulus de filio ajunt, omnino est de filiofamilias accipiendum, *L. filius* 28. *D. de lib. & post.*, *L. si pater* 4. *C. de inst.* & *subst.* Qui filiumfam. instituit sub conditione fortuita, vel mixta, quae maximam partem pendet a casu, ejus institutionem committit fortunae: id autem perinde est, ac filiumfam. praeterire: quod fieri salvo testamento Leges non patiuntur. Longe alia est ratio conditionis in ipsius filii arbitrium collatae. Tantum abest, ut pater adscripta ea conditione filium praeterire videatur, ut potius eum de necessario herede voluntarium faciat: cui consequens est, eum impleta conditione jus abstinendi non habere, *L. jam dubitari* 86. §. 1. *de her. inst.* Et scite Cujacius arbitrariam istam conditionem non deficere, sed a filio ipso omitti scribit, ut merito, quod conditioni non paruerit, ei debeat imputari. Uno casu recte potest filiusfam. sub fortuita, mixtave conditione heres institui, si *sub contraria conditione*, i. e. in *defectum conditionis* exheredetur, *cit. L.* 86. *pr.*, *& cit. L.* 4. *C. de inst. & subst.*, namque aut existit conditio, & heres est: aut non existit, & est exheres. Non est igitur praeteritus.

Obstare videtur Justiniani constitutio in *L. si quis* 7. *C. eod.*, *Si quis ita filiam suam instituerit heredem, si nupta fuerit: vivo autem testatore filia nupta fuerit, vel a marito diverterit, omni veterum dubitatione explosa sancimus, quandocumque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem, conditionem videri esse completam*? Institutioni filiae adjicitur conditio, *si nupta fuerit*, quae mixta est: & valere tamen institutionem, conditionemque impleri oportere ait Imperator.

Sed ex ipsis Justiniani verbis liquido constat quaesitum in ea specie fuisse de conditionis implendae modo, non de vi institutionis. Hanc non ambigebatur valere. Ergo quum certi juris sit, filiamfam. sub ea conditione scribi herem non potuisse, omnino ponendum est, in specie Imperatori proposita, aut filiam fuisse emancipatam, aut, si filiamfam. erat, sub

 con-

contraria conditione exheredatam. Ita Duarenus in *Tit. D. de cond. inst. cap.* 4., & optimi quique interpretes ejus loci.

Quaeri hic solet, num quod de filiofam. dictum est, dici atque debeat de nepote, aliove quovis suo herede. Si sola juris ratione pugnandum esset, idem jus esse contenderem de quovis suo herede. Nepotem caeterisque liberos, si in potestate sunt, & primum in familia gradum obtinent, eodem jure cum filiofam. censeri, vel ipsi Justinianaei sat norunt. Sed in ea, quam profitemur, arte ratio auctoritati cedat, necesse est: & ecce auctor nobis est Ulpianus in *L. servus* 4., *& L. sed si* 6. §. 1. *de her. inst.*, *& L.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & leg. her.*, filios sub ea tantum conditione, quae in ipsorum arbitrio est, nepotes autem, & deinceps caeteros sub omni posse institui heredes, quamvis hi *redigantur ad filii conditionem*, i. e. primum tenere incipiant in familia gradum. Et ita se rem habere jure Pandectarum, exploratissimum est. Quantum ad jus Codicis, opinio est Vinnii, aliorumque, quos me sequutum memini in §. 9. *Inst. de her. inst.*, nepotes, ac deinceps caeteros filiofam. exaequatos constitutione Justiniani in *L. ult. C. de lib. praet.*, cujus mentio est in §. 5. *Inst. de exher. lib.* Nunc sententiam muto; nam de filiisfam., aliisve liberis sub conditione instituendis ne verbum quidem unum in ea Constitutione: nec sine magna caussa correctio juris est admittenda.

Multo est gravior error eorum, qui putant altera Justiniani constitutione in *L. quoniam* 32. *C. de inoff.* abrogatum jus de inutili filiorumfam. institutione sub non arbitraria conditione facta. Est quidem ioibi cautum, rejici conditiones legitimae liberis debitae adscriptas; hinc tamen non sequitur filiofam. sub non arbitraria conditione herede scripto, conditionem salva institutione detrahi usque ad legitimam, contra quam fuerat veteri jure constitutum, multa sunt, quae commonstrant. Et primum fuit ea constitutio Codici primae editionis inserta, nam scripta est anno 529., quo prodiit Codex. Sed hic VII. id. Apr. editus est, illa II. Kal. Apr. est scripta: non potest autem is Codex derogare Pandectis, qui non ante annum 533. prodiere. Novum jus Codicis iis tantum constitutionibus continetur, quas codici repetitae praelectionis post Pandectas edito primum inseruit Justinianus. Novas istas constitutiones subscriptione internoscimus; sunt enim scriptae post Lampadii, & Orestis Consulatum, aut ipsis Lampadii, & Oreste Consulibus. Vide Alciat. *Parerg. Lib.* 6. c. 14., & Duaren. in *Tit. D. ad L. Falcid.* c. 8. *sub finem*. Deinde quo tempore ea Lex prodiit, nondum fuerat a Justiniano constitutum, ut legitima titulo institutionis relinqueretur: quod tandem cautum *Nov.* 115. c. 3. Ad haec quum *cit. L.* 32. referatur ad priores aliquot Justiniani Leges eidem titulo subjectas, quibus de legitima supplenda agebatur; eaque id illis addat, conditionem legitimae adscriptam pro non scripta esse, patet, eam non alio spectare, quam quo priores illae Leges spectabant: loquebantur autem illae de liberis non institutis heredibus, sed exheredatis, quibus erat minus legitima relictum: adeo ridiculum est *cit. L.* 32. accipere de filio sub non arbitraria conditione instituto. Postremo subjecta est ea Lex Titulo Codicis de *inofficioso testamento*: quo Titulo agitur non de testamento jure nullo, quale est testamentum, quo filius suus heres sub fortuita, vel mi-

mixta conditione instituitur, sed de testamento, quod jure valet, proposita autem querela rescinditur, si quis liberorum fuerit a parentibus immerenter exheredatus, aut a matre, aliove per matrem adscendente praeteritus: qualis praeteritio loco est exheredationis. *V. interpretes Inst. in pr. tit. de inoff. test.* Igitur nihil novi ab Justiniano inductum est. Ea inter scribendum subit animum dubitatio, num jure novissimo, quo relinqui debet legitima titulo institutionis, conditio etiam arbitraria detrahatur secundum Justiniani definitionem in *cit. L. 32.*, an sit omnino servanda secundum ea, quae de filiofam. herede instituto dicta sunt. Posse filium sub conditione arbitraria institui etiam in legitima heredem, scribit post Alciatum Cujacius. Ego quoniam Leges posteriores trahendae sunt ad priores, & *cit. Lex 32.* non de filiofam. loquitur, id novissimo etiam jure verum esse ajo. Quod vero inter arbitrarias est conditio dandi, *cit. L. 4. §. 1.*, puto, si filiusfam. sub ea conditione instituatur heres ex sola legitima, quod conditionis implendae caussa datum est, id ei ex hereditario reditu rependendum, ne minus legitima consequatur. Id mihi aequum videtur. Num tale sit, aliorum judicium esto.

Quod non arbitraria conditio non solum institutioni, sed etiam testamento nocet, ex eo sequitur, intestato eum decedere, qui talem conditionem adscripsit, proinde nullum jus esse reliquum coheredi, nisi is sit, qui cum filio possit succedere ab intestato. Contra quod arbitraria conditio non nocet testamento, sequitur ex eo, filium, quamvis non pareat conditioni, & decedat, patrem non facere intestatum. Juvat hic adscribere, quae Vlpianus habet in *cit. L. 4. de her. inst.*, *Filius non sub omni conditione institui potest: & quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest. Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni; an & si non paruerit, & decesserit?* Quaestio huc redit, num filius, qui non paruit conditioni & decessit, ab intestato succedat, an salvo testamento excludatur hereditate: qui est effectus institutionis conditionalis. Pergit Vlpianus, *Julianus putat, filium sub ejusmodi conditione institutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse* (subaudi, hereditate, salvo testamento): *& ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare, donec conditioni pareat filius, quum etsi* (legendum meo judicio *si*, non *etsi*) *patrem intestatum faceret non parendo conditioni, proculdubio expectare deberet.* Is est expectandus, qui jure potest subvertere judicium defuncti: filius autem non parendo conditioni patrem non facit intestatum. Ergo adibit hereditatem coheres, eique, si non impleta conditione decesserit filius, hujus portio adcrescet.

Ex dictis consequitur impossibiles, turpesve conditiones, quamvis regulariter remittantur, institutioni filiifam. adscriptas nocere; nam quae facere natura, aut jure non possumus, ea in potestate nostra non esse, exploratissimum est. Id de turpi conditione institutioni filiifam. adjecta expresse docet Papinianus in *L. filius 15. D. de cond. inst.*: idque de conditione natura impossibili multo verius dici, nemo non videt.

Venio ad conditiones, quae non institutionibus solum, sed & legatis, fideicommissisve nocent. Tales sunt, quarum vitium influit in ipsam dispositionem: quod multifariam contingit. Et primum si conditio & disposi-

 tio

tio ita pugnent inter se, ut altera alteram tollat: quo casu locus est regulae Celsi in *L. ubi 188. de reg. jur.*, *Ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est*. Qui pugnantia loquitur, nihil velle intelligitur. Si scriptum sit, *Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto*, conditio haec est plane impossibilis: & diserte ait Marcianus in *L. si Titius 16. de cond. inst.*, *eam conditionem existere non posse*. Adjecta autem ea conditione ipsa institutio inutilis est, non quia *conditio existere non potest*, quae est ratio Marciani, namque impossibiles conditiones salva institutione remittuntur; sed quia talis conditio dispositionem ipsam impossibilem facit. Perplexa est conditio, & ipsa itidem institutio est perplexa; nam Titius, & Sejus invicem se impediunt. Idem Marcelli judicium fuit de hac institutione, *Si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim, heredes sunto*. Marcello *secundum verborum significationem* perplexa visa est conditio, perplexa institutio. Et vero, quantum verba sonant, debent illi primum esse heredes, tum socii: & conditio tamen institutioni adscripta non ante existit, quam socii sint. Ita societas aditionem, & aditio impedit societatem. Contra Julianus nihil perplexi esse sensit in ea institutione, nam recte potest *ante aditam hereditatem iniri societas, quasi rei futurae*: tum hereditas adiri: sicque effectum habere voluntas testatoris: quod *verum esse* ait Vlp. in *L. si qui 4. D. de cond. Inst.* Non obloquitur Marcianus in *L. talem 11. de her. inst.*, ubi perplexa conditio remittitur; namque id favore libertatis placuit contra regulam juris. *V. dicta sub finem Capitis IV.* Sed Marciani loco videtur obstare locus Celsi in *L. servus 21. de cond. inst.*, *Servus alienus ita heres institui potest, quum liber erit: proprius autem ita institui non potest*. Ergo si servus proprius ita heres instituatur *quum liber erit*, non conditio remittitur, uti postulare favor libertatis videretur, sed & ipsa institutio vitiatur. Non videtur facile posse obex hic amoveri. Vide quid mihi nunc veniat in mentem. Testator apud Marcianum scripserat, *Stichus liber esto, & si liber erit, heres esto*. In hac formula τὸ *si liber erit, heres esto* conditionem, institutionemque inexplicabilem continet secundum ea, quae *sub finem capitis IV.* dicta sunt. Quoniam autem testator antequam libertatem poneret in conditione, libertatem pure dederat, habetur pro non adjecta: & ideo pro non adjecta habetur, quia eo, quod proxime praeit, verbo, *Stichus liber esto*, testatorem serio voluisse servum facere liberum, luculentissime demonstratur. Contra testator apud Celsum libertatem posuerat in conditione, non eam dederat pure, quum tamen potuisset. Inutilis est autem institutio non tanquam perplexa, sed tanquam non ex animo facta. Qui potest ipse per se dare servo libertatem, si hanc fortunae committat, non videtur ex animo dare: quae est ratio, cur Celsus a servo proprio separet alienum. Conjectionem hanc meam confirmat, quod continuo subjicit ex Gajo Tribonianus in *L. 22.*, *Quia ratio suadet, eum, qui libertatem dare potest, ipsum debere aut praesenti die, aut in diem, aut sub conditione dare libertatem: nec habere facultatem in casum a quolibet obvenientis libertatis heredem instituere*.

Deinde conditionis vitium influit in dispositionem, si hanc expresse conferat in alienam voluntatem. Finge testamento scriptum, *Si Maevius volue-*

voluerit, *Titius heres esto*, *aut Titio decem do*. Conditioni id inest vitii, quod per eam confertur expresse legatum in alienam voluntatem: Sed non in sola conditione id vitium est: influit etiam in ipsam dispositionem; facit enim ea conditio, ut pendeat dispositio ab arbitrio alieno: *veteres autem satis constanter decreverunt*, verba sunt Gaji in *L. illa institutio* 32. *de her. inst.*, *testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere*. Sed interest, num expresse, an tacite in alienum arbitrium dispositio conferatur. Facit huc Modestini locus in *L. nonnunquam* 52. *de cond. & dem.*, *Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura: quod evenit, si alicui ita legatur: Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit: nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat, & velit efficere, ut Titio legatum debeatur; non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: Si Maevius voluerit, Titio decem do; nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est. Expressa nocent, non expressa non nocent*. Quod de legato Modestinus, idem de institutione docet Papinianus in *L. si quis* 68. *de her. inst.* Differentiae inter expressum, ac tacitum ratio haec est. Dispositio in arbitrium alienum expresse collata ab alieno arbitrio principaliter pendet: tacite collata pendet per consequentias, quae autem per consequentias contingunt, ad ea vix est, ut Leges attendant, *L.* 1. *D. de auct. tut.*, *& L. quaedam* 62. *D. de adq. rer. dom.* At enim Ulpianus in *L.* 1. *D. de leg.* 2. scribit, *In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quid enim interest, si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an si voluerit*. Ita vero, & vix est alius difficilior locus juris. In eum scripsit Commentarium bene longum Hieronymus Orosius *de Apicib. jur. Lib.* 2. *c.* 9., ubi aliorum conjectionibus rejectis confirmavit Cujacianam: quae prostat *Lib.* 2. *Obs. c.* 2. Vim totam sententiae Ulpiani ponit Cujacius in eo verbo, *veluti conditio*: tum legi mavult, *veluti conditionem*, ut ita conditio non ad legatum, sed ad *arbitrium alterius* referatur: postremo ait, quum quaeritur, num valeat legatum sub conditione *si alius voluerit*, voluntatis esse quaestionem, aut enim testator ea formula voluit legatum ponere in alterius voluntate, ut is sit arbiter, & quasi dator legati: & hoc sensu recte scriptum in *cit. L.* 52. *de cond. & dem.*, *& cit. L.* 68. *de her. inst.*, id inutiliter fieri: aut voluit legatum conferre in alterius arbitrium, veluti conditionem, quasi dixerit, si forte acciderit aliquando, ut id ille velit: & hoc sensu recte scriptum in *cit. L.* 1. *de leg.* 2., nihil interesse, *si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur; an si voluerit*: sicque itidem accipiendum illud ejusdem Ulpiani in *L. Senatus* 43. §. *legatum* 2. *de leg.* 1., *Legatum in aliena voluntate poni posse, in heredis non posse*. In re prope desperata Cujacium sequamur.

Denique conditionis vitium influit in dispositionem, si hanc faciat captatoriam. Finge ita scriptum, *Titius heres esto, si me heredem instituerit*. Conditio id habet vitii, quod lucri spe Titium allicit ad instituendum heredem, quem alias non fuisset instituturus, sicque libertati ejus quodammodo insidiatur: unde qui captat hereditatem *insidiator* Horatio dictus *Sat.* 5. *v.* 25. Sed influit idem vitium in ipsam institutionem, quam Romanus Senatus in militari etiam testamento tanquam captatoriam improbavit,

vit, *L. captatorias* 70. *L. illae* 71. §. 7. *de. her. inst.*, *L. captatoriae* 64. *de leg.* 1., & *L.* 11. *C. de test. milit.* Quo primum Senatusconsulto captatoriae institutiones fuerint improbatae, ignoramus. Quae de *S.* C. Liboniano Accursius, quaeque Lipsius habet de Lege Julia, & Lege Papia, ea recte rejicit Bynkershoekius in *Opusculo de captat. inst. cap.* 1. Facile autem non est intelligere, quid proprie sint captatoriae institutiones. Papinianus in *cit. L.* 70., *Captatorias*, inquit, *institutiones non eas Senatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocaverint, sed quarum conditio conferatur ad secretum alienae voluntatis*, ubi *judicia* sunt supremae voluntates, prostantque multa apud Brissonium exempla *de V. S. lib. 6. v. judicium: secretum* autem *alienae voluntatis* (quidquid alii dicant, quos solide rejicit Bynkershoekius *eod. Opus. c.* 4.) omnino est idem atque alterius testamentum, Ita nec aliud sunt *secreta judicia in L.* 1. §. 38. *D. depos.*, quam testamenta. Igitur Papiniani sententia est, captatorias institutiones esse non eas, quibus testator gratiam mutuo rependit (has esse honestas, probant Connanus *Comment. jur. civ. Lib.* 10. 1. 6. *n.* 6., & Cujac. *Obs. XVI.*, 39.) Sed eas, quae adscriptam habent conditionem institutionis ab alio faciendae in gratiam testatoris. Exemplo sit formula illa apud Julianum in *L.* 1. *de his, quae pro non script. hab.*, *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto:* ubi τὸ *recitaverit* verbum est futuri temporis. Nulla sine conditione captatoria institutio est; neque ulla est conditio, quae non spectet ad tempus futurum. Si quod me Titius heredem scripsit, ideo eum nunc scribo heredem, captatoria institutio non est, sed honesta institutio, quam mutua affectio provocavit. Exserte Paulus in *L. illae autem* 71. *pr. de her. inst.* captatoriam esse negat institutionem, *quae in praeteritum, non in futurum collata est*. Haec omnia pertinent etiam ad legata & fideicommissa, *L. captatoriae* 64. *de leg.* 1. *In cit. L.* 71. *pr.* & §. 1. *de her. inst.*, quae difficultatis plurimum habet, *Vid. Bynkershoekium eod. Opusc. cap.* 6.

CAPUT VI.

CONDITIONIS REPETITIO.

HUic disputationi duo sunt praemunienda. Unum est, scripta priore testamento non censeri repetita in posteriore, nam qui posteriore testamento facto prius rumpit, velle intelligitur, nihil eorum valere, quae priore sunt scripta. Contraria, eaque expressa voluntate est opus, ut in *L. postumus* 12. §. 1. *de injust. rupt.*, & *L. si quis priore* 29. *ad Trebell.*, excepto casu taciti fideicommissi, de quo Papinianus, & Paulus in *L. quis tacitum* 3. *de probat.*, & *L. Statius* 48. *de jur. fisci*. Alterum est, testamento scripta censeri in codicillis repetita; sunt enim hi pars illius, cujus proinde jus sequuntur, *L. quidam* 14. *pr.*, & *L. ab intestato* 16. *de jur. codicill.*, nisi quid sit in codicillis expresse mutatum, *L. alumnae* 30. §. *qui filias* 3. *de adim. leg.* His consequens est, conditionem testamento adscriptam censeri in codicillis quidem repetitam, non in posteriore testamen-

mento; *L. avia 77. pr. de cond. & dem.*: quodque de singularibus, idem de pluribus codicillis est cautum, nam plures codicilli, ubi contraria non est testatoris voluntas, simul recte subsistunt, *L. quum proponatis 3. C. de codicil.*

His praemunitis, de repetitione conditionis in uno eodemque testamento videamus. Et regulam hanc juris dat Gajus in *L. sub conditione 73. de her. inst.*, *Sub conditione herede instituto. si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur.* Et quidem rectissime; namque non alias heres esse potest substitutus, quam si institutus non sit heres: non potest autem intelligi, institutum sub conditione heredem non esse, nisi etiam ponas defecisse conditionem; tantum abest, ut haec censeatur repetita in substitutione. Quod vulgo docent, solam conditionem potestativam in substitutione intelligi repetitam, id non videtur omnino verum. Tenetur quidem substitutus dare aut facere, quod institutum facere, aut dare testator jusserat, sed id non eam caussam habet, quod potestativa conditio censeatur in substitutione repetita. Caussam exprimit Justinianus in *L. un. §. pro secundo 4. C. de caduc. toll.*, *Sancimus, omnes personas, quibus lucrum defertur* (nominatim loquitur Imp. de substitutis) *eas etiam gravamen omnimodo sentire, sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis, neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit*. Ita Averanius *Interpret. jur. lib. 5. c. 2. n. 9.* Ut ut sit, eodem res redit. Unus in jure est casus, quo conditio fideicommisso universali adscripta habetur pro repetita in substitutione: eumque proponit Paulus in *L. Latinus Largus 83. D. de leg. 2.*; quae descripta est *ex Libro XI.* Quaestionum, *Latinus Largus. Proxime ex facto incidit species talis, libertinus patronum ex semisse* (qui tum erat portio patrono debita ex Lege Papia) *heredem instituit, & filiam suam ex alio semisse: fideicommisit filiae, ut quibusdam ancillis patroni restitueret, quum hae manumissae essent, &, Si eadem filia heres non esset, substituit ei easdem ancillas: quoniam filia non voluit heres existere, ancillae jussu domini, id est patroni* (subaudi, testatoris) *adierunt defuncti hereditatem: post aliquantum temporis ab eo manumissae, quaerebant, an fideicommissum petere ab eodem patrono possint. Rogo ergo, quid de hoc existimes, rescribas. Respondi, nec repetitum videri in hunc casum fideicommissum* (i. e. in casum hereditatis aditae ex vulgari substitutione), *sed alterutrum datum, vel fideicommissum, vel ipsam hereditatem* (ex substitutioni vulgari): *melius autem dici, in eundem casum substitutas videri, in quem casum fideicommissum meruerunt* (i. e. in casum manumissionis), *& ideo ad substitutionem eas vocari*; (quasi inutiliter ex eadem substitutione adiissent, pendente adhuc manumissione, nam priusquam conditio existat, frustra aditur, aut repudiatur hereditas, *L. is qui 13. de adq. her.*) *Quum enim servo alieno fideicomm.issum ab uno ex heredibus sub conditione libertatis fuerit datum, idemque servus ei heredi substituatur; licet pure substitutio facta sit, tamen sub eadem conditione substitui videtur, sub qua fideicommissum meruit*. Ratio singularis istius juris in eo est posita, quod una eademque est persona, cui per fideicommissum, & per substitutionem una eademque hereditas relinquitur, Absurdum est, unam eandemque hereditatem uni eidemque personae non in eundem casum relictam videri.

Quid

Quid si sit conditio non institutioni, sed legatis ab instituto relictis adscripta, & locus fiat substituto? Hic duplex suboritur quaestio, altera de repetitione legatorum, altera de repetitione conditionis. Sed altera in alteram influit. Quod pertinet ad repetitionem legatorum, pupillaris substitutio separanda est a vulgari. In pupillari substitutione si pupillus patri heres extitit, nec solvit legatum, solvere substitutus tenetur, non tanquam repetitum, sed tanquam non solutum ab eo, cujus est heres. In vulgari, sive expressa, sive tacita ex *Divi Marci, & Veri constitutione*, de qua Modestinus in *L. jam jure 4. D. de vulg.*, legata regulariter repetita intelliguntur a substituto. Sed contrariis conjecturis est locus. Spectat huc Imperatorum Severi & Antonini rescriptum, de quo ita Ulpianus in *L. licet 74. D. de legat. 1.*, *Licet Imperator noster* (Antoninus) *cum patre* (Severo) *rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta; tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas, quae ex multis colligetur:* (ecce, *evidentem* vocat Ulpianus voluntatem, quam conjecturis adsequimur) *an quis ab herede legatum, vel fideicommissum relictum, noluerit a substituto deberi, quid enim, si aliam rem relinquit a substituto, ei fideicommissario, vel legatario, quam ab instituto non reliquerat?* (Ipsa rerum diversitas argumento est, testatorem de repetitione non cogitasse) *vel quid si certa caussa fuit, cur ab instituto reliquerat, quae in substituto cessaret, vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum?* Qui legatarium instituto substituit ex parte, videtur velle, ut altero contentus sit, vel legato, vel substitutione. Si ex asse substituit, repetitioni locus non est, nam substituto a semetipso non potest repeti legatum, uti rectissime Cujacius in *L. si quis a filio 32. eod.*, *In obscura igitur voluntate locum habere rescriptum dicendum est.*

Eadem distinctione utemur in quaestione de repetitione conditionis. In vulgari substitutione tacite repetita legati conditio intelligitur, sive tacite, sive expresse sit repetitum, *L. quum pater 77. §. ab instituto 15. de leg. 2.*, *& L. ult. de fideic. lib.*, nisi conditionis repetitio noceat legato: quo uno casu legatum pure repetitum intelligitur. Exemplum extat apud Marcellum in *cit. L. ult.*, *Lucius Titius filios* ex Paula uxore sua nascituros ex semisse scripsit heredes, ex altero semisse Gajum Sejum. *Servis* libertatem reliquit per fideicommissum adjecta conditione, quum ad pubertatem liberi ejus pervenissent: Tum non natis liberis substituit Lucium & Maevium. Denique codicillis petiit ab heredibus primis & substitutis, ut legata testamento relicta praestarent. Non natis liberis factus est locus substitutis. & quaestio enata, num libertas sub conditione relicta praestari confestim deberet. Marcellus respondit, si alterius generis conditio esset, expectandam esse: (ecce tibi regulam), sed non esse verisimile, hoc in ista conditione cogitatum (ecce tibi casum regulae exemtum) quum admitti ad hereditatem substituti non possent, si impleretur conditio. Haec pubertate filiorum erat implenda: iis autem intra pubertatem defunctis, quum substitutionis, tum legati conditio defecisset. In substitutione pupillari interest, num pater legata repetierit, nec ne. Si non repetiit, & pupillus patri heres extitit, (eo herede non

exi-

existente ; vulgari tacitae est locus) ipse pupillus legata ; uti sunt relicta, praestabit, eoque intra pubertatem mortuo, praestabit substitutus ex persona pupilli, cujus est heres: si legata pater repetiit, rursus refert, num repetierit itidem conditionem, an non. Repetita conditio servanda est, ac si inutilem faciat dispositionem, nihil debetur, *L. si quis a filio* 32. *pr. de leg.* 1. Non repetita conditio non habetur pro repetita, & legatum praesens debetur, sive conditio talis sit, quae repetita inutilem faceret dispositionem, sive non. Juvat adscribere verba Vlpiani in *cit. L. si quis a filio* 32., Si *quis a filio pupillo herede instituto, quum is in tutelam suam venisset, pecuniam legaverit, & a substituto herede legata repetierat : impubere filio mortuo, secundus heres legatum non debebit : quod ita verum esse tam Sextus, quam Pomponius putant ; si repetitio legatorum ad eum modum concepta sit, veluti, quae a filio meo legavi, quaeque eum dare jussi, si mihi heres esset, id heres meus iisdem diebus*, h. e. sub iisdem conditionibus dato: (ecce si in pupillari substitutione repetatur conditio, quae dispositionem vitiaret, a substituto non deberi legatum, ait Vlpianus) *sed si ita repetita fuerint : quae a filio meo legavi heres meus dato*; (ecce repetitum legatum, non itidem conditionem) *pure repetita videbuntur legata, & dumtaxat demonstratio eorum facta ; igitur & hoc ipsum legatum, de quo quaeritur, praesens debebitur*. De ratione differentiae inter vulgarem, & pupillarem substitutum laborant interpretes. Placet mihi quod habet Averanius in *cit. cap.* 2. *n.* 14. & 15. Substitutus vulgaris heres est testatoris, ut institutus: uterque uno eodemque testamento scriptus est heres : proinde par esse debet conditio utriusque. Contra pupillaris non testatoris est heres, sed pupilli, neque iisdem tabulis scriptus est, quibus pupillus : proinde ex primis nomine pupilli tenetur, ex secundis nomine suo: cui consequens est, si pure sit legatum a filio, sub conditione a substituto, hunc, si ille heres extitit, & intra pubertatem decessit, ex persona illius pure teneri: quumque jam sit pure obligatus ex primis tabulis, non posse ex secundis obligari sub conditione, *L. si fundum* 81. §. *si paterfam.* 7. *D. eod*, quum certe voluerit testator semel deberi, *cit. L.* 113. §. 3.: contra si a filio legatum sit sub conditione, pure autem a substituto, & filius non dum existente conditione, adeoque die legati non dum cedente, decesserit, suo nomine, & pure teneri ex secundis tabulis, in quibus conditio non est repetita: atque hoc est, quod Julianus scribit in *L. si fundum* 81. §. 7. *in fin. D. eod.*, ex substitutione sola legatum valere. Nunc de institutione videamus. Huc autem pertinet Gaji locus in *L. si quis ita* 33. *de her. inst. Si quis ita scripserit : Titius ex parte dimidia heres esto : idem Titius ex altera parte dimidia, si navis ex Asia venerit, heres esto : quum ex pura institutione adierit heres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse sit heres : scilicet etiam conditione deficiente quum non prosit ei conditio quicquam existens : quippe quum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit: nec praeterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur*. Vides conditionem parti hereditatis adjectam in alteram non repeti: cujus rei tam manifesta est ratio, ut difficile sit qualem qualem dubitandi rationem invenire.

De institutione & legatis difficilis est disputatio, multoque difficilior

de legatis solis. De institutione, & legatis quaeritur, num, si unus idemque sit legatarius, & heres, conditio adscripta legato censeatur repetita in institutione, & num institutioni adscripta censeatur repetita in legato. Posterius hoc interpretes affirmant, prius illud negant. Quod ii negant, praecise negavit Julianus in *L. qui filio* 38. §. 2. *de her. inst.* his verbis, *Si quis servum suum liberum sub conditione, heredem pure scripsisset, eumque vendidisset pendente conditione: jussu emptoris servus adire hereditatem potest, quia & consistit institutio, & est, qui jus imperandi habet*. Quod ii affirmant, negat Averanius *Lib.* 5. *c.* 3. *n.* 2., & meo quidem judicio rectissime; si enim pars una hereditatis multo propius abest ab altera, quam ab institutione legatum, quae potest ratio adferri, cur conditio parti hereditatis adjecta non repetatur in altera, adjecta autem institutioni repetatur in legatis? Accedit locus Juliani in *L. ab omnibus* 104. §. 6. *de leg.* 1., *Quum quidam heredem instituit* (puta Titium) *quandoque* (i. e. quandocunque) *mater ejus decessisset* (Τὸ *quandoque*, seu *quandocumque* nota est conditionis, *L. is qui* 18., & *L. rogo D. quand. dies leg.*) deinde secundus heres scriptus suisset, (puta substitutus Titio Cajus) & ab eo (i. e. Cajo) *legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset* (i. e. Titio) *relicta essent, isque viva matre decessisset post quam dies legati cesserit: quaesitum est, an heredi ejus legata deberentur. Verius est, legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione, si heres non fuerit, quia, moriente eo, conditio impletur*. Institutus est Titius sub conditione si mater ejus decessisset: eidem non adscripta conditione relictum est legatum. Si Titius *viva matre*, h. e. non impleta conditione decedit, legatum transmitti ait Jurisconsultus ad heredem Titii quasi mortui *postquam cesserat dies*. Ergo conditio institutioni adjecta non intelligitur repetita in legato. Si repetita intelligeretur, viva matre non transmitteretur legatum, neque ejus cederet dies. Legati conditionalis nec transmissio est, nec dies cedit, antequam extiterit conditio, *L. intereidit* 59. *de cond. & dem.*, & *L. si post diem* 5. §. 2. *quando dies leg.* Quod autem subjicit Jurisconsultus, *moriente eo conditio impletur*, id non spectat ad conditionem institutionis, *quandoque mater decessisset*, sed ad conditionem substitutionis, quae proxime praeit, *si Titius heres non fuerit*. Haec substitutioni vulgari, & legatis a substituto relictis tacite inest, non illa. Vulgo moventur Scaevolae loco in *L. ult.* §. *ult. de doli mali & met. except.*, *Marito & filio communi, ex parte dimidia scriptis heredibus, filiam suam ex priori matrimonio ita heredem instituit: Maevia filia mea ex sex unciis heres mihi esto, si eum coheredibus ... parem rationem feceris pro mea portione in diem mortis meae ejus actus, qui pendet ex tutela tua, quam Titius pater meus, avus tuus administravit: Quaesitum est, an, quia sub conditione instituta filia esset, si omitteret hereditatem, uti salvam tutelae actionem haberet, legata sibi a matre data consequi possit, respondit, secundum ea, quae proponerentur, eam, de qua quaereretur, contra voluntatem petere: & ideo exceptionem doli obstaturam*. Cur autem filia contra voluntatem matris petit legata? Cur obstat ei exceptio doli? Quia conditio institutioni adscripta, *si parem rationem fecisset cum coheredibus*, i. e. si compensasset, repetita intelligitur in legatis: qui au-

autem non paret conditioni, dolo petit sub conditione relictum:

Sed quid ineptius hoc argumento? imo quis est alius ad repetitionem conditionis excludendam accommodatior locus juris? Filiae legata petenti obstat exceptio. Ergo ei jure competit actio, *pr. & §. 1. Inst. de except.* Si actio competit, repetita non intelligitur conditio in legatis: si legatis inesset, competere actio non posset: nec esset opus exceptione.

Restat disputatio de legatis solis, quae multos complectitur casus. Primus est, si quis rem eandem eidem, & ab eodem bis leget pure, & sub conditione: & refert, num id ex continenti faciat, an ex intervallo. Si pure legatum ex continenti legetur sub conditione, ut in hac formula, *Stichum illi Lego, eundem Stichum, si illud factum fuerit, eidem do lego*; potest arbitratu suo legatarius aut praesens legatum vindicare, aut expectare conditionem, si id ei magis expediat, veluti si non sit capax, quo tempore legati puri dies cedit: si ex intervallo, h. e. postquam testator ad alia aberraverat, posterius legatum valet, sive hoc pure, sive sub conditione sit datum, *L. non ad ea 89. de cond. & dem.*: ex quo juris loco enatum illud in scholis & foro protritum, neminem praesumi sententiam ex continenti mutare; nisi quod bis eidem legatur pure, & sub conditione quantitas sit, nam, quod potest haec multiplicari, utraque summa debetur, altera pure, altera sub conditione, nisi mutatam a testatore voluntatem heres probaverit, *L. quum centum 9. de adim. leg.*, *& L. Lucius Titius 22. in fin. de leg. 2.* Multas mutatae voluntatis conjecturas habes apud Interpretes *cit. L. 9. de adim. leg.* Institutionis alia ratio est, quam legati. *Si te heredem instituero, & deinde eandem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem* Pomponius scribit in *L. si te solum 27. §. 1. de her. inst.*, quia prior posteriore est plenior: interest autem testatoris heredem habere: quo sensu accipiendum quod sequitur apud Pomponium, *quia satis plena prior fuisset*. Atque haec ratio facit, ut credam si conditionalis institutio puram praeiret, aliud jus futurum. Ergo in specie Pomponii nisi de contraria testatoris voluntate liquido constet, non revocata prior institutio intelligitur. De contraria voluntate constare multifariam potest: satisque est, posteriorem institutionem sub commemoratione prioris factam: quod legatis, & institutionibus commune est, *cit. L. non ad ea, & L. filiumfam. 27. quando dies leg.* Secundus casus est, si quis rem eandem bis leget eidem, sed non ab eodem, h. e. ab instituto sub conditione, a substituto autem pure. Et refert, num substitutus sit vulgaris, an pupillaris secundum ea, quae dicta sunt: Tertius est, si quis eandem rem ab eodem, sed non eidem bis leget: h. e. si legatum uni relictum sub conditione in alterum pure transferat. Et regula juris est, *legatum sub conditione relictum & ad alium translatum, sub eadem conditione translatum videri*, *L. legatum 97. de cond. & dem.* Idem de quovis alio onere jus est, *L. Gajo 13. pr. de alim. leg.* Exceptionem hanc habes in *L. legatum 24. de adim. leg.*, *Si non conditio priori personae cohaereat*: veluti *si quis uxori sublatis liberis legaverit*. Sunt & aliae exceptiones in Libris juris, veluti, si aliud onus (onus est itidem conditio) legato injungatur, quum transfertur, *cit. L. Gajo 13.*: si conditio repetita inutile faciet legatum, *L. servo 113. §. si ab impubere 4. de leg. 1.*, ubi Marcianus, *Si ab impubere*

here legatum fuerit sub conditione, si ad pubertatem pervenerit, & a substituto repetitum fuerit legatum, debetur & a substituto, nec videtur repetita conditio, quae inutile legatum facit; namque ea conditione existente substitutio, & per consequentias legatum exspiraret: quo etiam pertinet *L. ult. de fideicom. lib.* jam superius hoc ipso Capite explicata. Si demum legatarius legatario substituatur, argumento ducto ex eo, quod sub *initium hujus Capitis* dictum est, conditionem institutioni heredis adscriptam non intelligi in substitutione repetitam. Quartus casus est, si quis duo legata eidem relinquat, alterum sub conditione, alterum pure: & interest, num ab uno eodemque herede, an a diversis relinquat: si a diversis, repetitioni conditionis esse locus non potest, namque *idem est, atque si duobus testamentis esset legatum*, *L. quid ergo* 53. §. *si quis* 2. *de leg.* 1.: si ab uno eodemque herede non alias admittemus conditionis repetitionem, quam si testator verbis utatur, quae vim habeant repetendi, qualia sunt, *hoc amplius*, *item*, aliaque his similia, *L. in repetundis* 63. *de leg.* 3. Quintus casus est, si quis rem eandem pluribus leget. Hoc casu ita est distinguendum. Si rem eandem a diversis heredibus leget uni sub conditione, alteri pure, repetita non intelligitur conditio; cur enim testator, si repetitam voluit conditionem, personas heredum separavit, quum potuisset brevius, & clarius ita scribere, *Heres Gajo & Sejo fundum illum, si illud factum fuerit, dato?* an ita, *Gajo & Sejo fundum, si illud factum fuerit, lego?* Si ab eodem herede, rursus distinguendum est. Si leget disjunctim, veluti, *Gajo, si illud factum fuerit, fundum Tusculanum lego, Sejo lego fundum Tusculanum*; conditionem satis excludunt, quum duae legatariorum personae disjunctim vocatae, tum duae separatae orationes singulae perfectae. Si conjunctim leget, utrumque legatum sub conditione datum intelligitur, quod enim plures personae conjunctim vocatae vice unius funguntur, *L. plane* 34. *de leg.* 1., ipsa etiam legata unius loco sunt: ut proinde absurdum sit dicere, alterum conditionale esse, alterum purum, *L. si servo* 32. §. 1. *de statulib.*, nisi si conditio personae unius, non item alterius cohaereat. Istiusmodi conditionis exempla duo proferam, alterum ex Scaevola in *L. ult.* §. *Sejo* 2. *de leg.* 2., alterum ex Valente in *L. si tibi* 10. *de leg.* 3., Ait Scaevola, *Sejo, quem heredi substituerat, ita legavit, Sejo, si mihi heres non erit, & uxori ejus Marcellae argenti libras XV. dari volo. Quaero, quum Sejus heres extiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, deberi*. Conditio *si Sejus heres non erit* personae Seji, quem testator heredi substituerat, ita cohaeret, ut uxori ejus Marcellae, quam non substituerat, convenire nullo modo possit. Ait Valens, *Si tibi, & ei, qui ex tribus liberis meis in funus meum venerit, centum aureos legavero, non minuitur in tua persona legatum, si nemo venit*. Conditionem veniendi in funus personis liberorum adhaerere, manifestissimum est; Uterque hic locus juris quantum ad jus adcrescendi non parum difficultatis habet; Sed vide *Comm. de jur. adcresc.*

Nunc, quoniam varia & multiplex est materia, quae tractatur hoc Capite, ecce tibi totius Capitis summam his, quae sequuntur, enunciationibus comprehensam.

I. Conditio institutioni adposita non intelligitur repetita in substitutione,

ne, excepta conditione arbitraria, quae tanquam onus ad substitutum etiam transit.

II. Conditio legati ab instituto relicti repetita intelligitur in vulgari substitutione, sive tacite, sive expresse sit repetitum legatum: verum si conditionis repetitio noceat legato, legatum pure relictum intelligitur:

III. In substitutione pupillari si pater non repetit legatum, hoc praestabit pupillus, & ex persona pupilli intra pubertatem mortui substitutus; si repetit legatum, & conditionem, haec servanda est, ac si inutilem faciat dispositionem, nihil debetur: si legatum repetit, non item conditionem, haec non intelligitur repetita.

IV. Uno eodemque ex duabus partibus hereditatis herede instituto, ex una pure, ex altera sub conditione, haec non intelligitur repetita, & quamvis deficit, erit heres ex asse.

V. Si unus idemque sit legatarius & heres, conditio adscripta legato non censetur in institutione repetita, nec, si sit institutioni adscripta, censeri debet repetita in legato.

VI. Re eadem eidem & ab eodem bis legata pure & sub conditione, si id fiat ex continenti, optio est legatarii: si fiat ex intervallo, h. e. postquam testator ad alia aberraverat, posterius legatum valet, sive hoc pure, sive sub conditione sit datum: nisi legata sit quantitas, quo casu, quia potest ea multiplicari, utraque summa debetur; altera pure, altera sub conditione, nisi aliud sensisse testatorem probetur.

VII. Si unus idemque bis instituatur heres, primum pure, deinde sub conditione, prior institutio valet, nisi de contraria testatoris voluntate liquido constet: si primum sub conditione, deinde pure, valet posterior.

VIII. Re eadem bis legata eidem, sed non ab eodem, h. e. ab instituto sub conditione, a substituto pure, conditio in substitutione vulgari repetita intelligitur, non item in pupillari; secundum ea, quae superius dicta sunt.

IX. Re eadem uni legata sub conditione, tum ad alium pure translata, ipsa etiam conditio translata ad alium videtur, nisi qua contrariae voluntatis conjectura aliud suadeat.

X. Duobus legatis eidem relictis, uno sub conditione, altero pure; si relicta sint a diversis heredibus, nunquam esse locus potest repetitioni conditionis: si ab uno eodemque herede, non alias est locus, quam si testator verbis utatur, quae vim habent repetendi.

XI. Re eadem a diversis heredibus legata uni sub conditione, alteri pure, repetita intelligi conditio non potest: legata autem ab uno eodemque herede, si sit conjunctim legata, conditio, quae personae unius non cohaereat, repetita intelligitur, si disjunctim non intelligitur repetita.

CA-

CAPUT VII.

CONDITIONIS IMPLENDAE TEMPUS.

DE tempore conditionis implendae bene multa veniunt in disputationem. Selectiora sunt quae sequuntur. Si conditioni dies adjicitur, num existente ante diem conditione expectandus sit dies, quaeritur. Et vulgo ajunt, referre, qualis conditio sit: si ea sit arbitraria, quamvis ante diem extiterit, peti non ante posse, quam venerit dies: si sit fortuita, aut mixta, recte posse, ut primum extitit, peti. Posterius hoc probant Pomponii loco in *L. hoc jure* 10. *de V. O.*, *Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione, si Lucius Titius ante Kalendas Majas in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit, ante eum diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse, sive vivo, sive mortuo id acciderit*. Prius illud verbis Pauli in *L. in illa* 8. *eod.*, *In illa stipulatione, si Kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes, mortuo homine, quaeritur, an statim ante Kalendas agi possit? Sabinus, Proculus expectandum diem actori putant, quod est verius, tota enim obligatio sub conditione & in diem collata est: & licet ad conditionem* (i. e. quantum ad conditionem, uti eum locum interpretantur Duarenus, Robertus, aliique frustra in contrarium obnitente Cujacio L. *Obs.* 22., & *IX. Obs.* 17.) *committi videatur, dies tamen superest*. Hanc sententiam egregie praeter caeteros tuetur Averanius *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 20. & 21., ubi in rationem discriminis subtiliter inquirit. Ego vero, quod multa sunt juris loca, quae graviter obstant, seorsim sentio, & non tam, qualis sit conditio, spectandum reor, quam quo animo a contrahentibus, testatoribusve adjectus sit dies; fortasse enim illi diem adjecerunt solius conditionis gratia, h. e. principaliter satagentes de eventu conditionis non ultra eum diem: & hoc casu statim ut existit conditio, si intra diem existat, potest peti: fortasse etiam illi diem adjecerunt non solum conditionis, sed & solutionis gratia, h. e. ut solutionem ipsam differrent, & hoc casu, quamvis existat conditio, expectandus tamen est dies. Ut ita sentiam facit ratio illa, quam Paulus affert, cur dies sit expectandus, *tota enim obligatio sub conditione, & in diem collata est*: quasi dicat, contrahentes ad conditionem aeque atque ad diem, i. e. ad solutionis dilationem attendisse. Opinionem meam confirmat alter ejusdem Pomponii locus in *L. si his* 4. §. 1. *de cond. & dem.*, *Si ita scriptum sit, si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem Sejae heres dato*. (Ecce legatum sub fortuita conditione relictum) *Si Titius ante mortuus sit*. (Ecce jam extitit ante quinquennium conditio) *non statim Sejae decem deberi*. Eccur expectandus est dies? Quia voluit testator legati solutionem differre: istius autem voluntatis nota est particula *tum*, quae, ut idem Pomponius inquit, *extremi quinquennii tempus significat*. Uti hoc casu ea nota voluntatem testatoris cognoscimus, ita in aliis casibus eam judex aliis notis cognoscet.

Porro quum de implendis agitur conditionibus, quae institutioni, aut legato

legato adjectae sunt, tria possunt tempora spectari: primum, quod praeit testamentum: secundum, quod inter testamentum, & mortem testatoris intercedit: tertium, quod medium est inter mortem testatoris, & mortem heredis, legatariive, De tempore, quod praeit testamentum, ita Ulpianus in *L. haec conditio* 10. §. 1. *de cond., & dem.*, *Si sic legatum sit, si navis ex Asia venerit, & ignorante testatore, navis venerit testamenti facti tempore: dicendum pro impleta haberi. Et si cui sic legatum est, quum pubes erit, simili modo hoc erit dicendum*: ita etiam Paulus in *L.* 11. *eod.*, *Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, & sciat testator: quae iterum fieri possunt, expectentur, ut fiant: si vero nesciat, praesenti debeantur*: ita demum Pomponius in *L. si ita* 45. §. 2. *de leg.* 2., *Si pater filiae suae testamento aureos tot heredem dare jusserit; ubi ea nupsisset: si filia nupta sit, quum testamentum fit, sed absente patre & ignorante, nihilominus legatum debetur, si enim hoc pater non ignorabat, videtur de aliis nuptiis sensisse*. Collatis tribus istis Pandectarum locis facile est intelligere, si testamenti tempore jam factum erat, quod conditionis loco ponitur, interesse, num illud iterari possit, nec ne: si potest iterari, rursus interesse, num testator factum sciat, an ignoret: si ignorat, conditionem haberi pro impleta, relictumque deberi tanquam pure relictum: si scit, expectandum, ut iterum fiat: si non potest iterari, nihil interesse, num ignoret, an sciat testator, relictumque utroque casu statim deberi; nam si ignorat, quoniam erat jam factum, satis impleta est ejus voluntas: si scit, & nihilominus illud conditionis loco ponit, quoniam iterari non potest, impossibilis est conditio; ac proinde est pro non scripta. Ad tempus inter testamentum, & mortem testatoris medium pertinet, quod in *cit. L.* 11. §. 1. subjicit Paulus, *Item, sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur; veluti, si Capitolium ascenderit, & similia. Non promiscuas, etiam vivo testatore existere posse, veluti, si Titius Consul factus fuerit*. Ergo conditiones in arbitrium collatae impleri nonnisi post mortem possunt: fortuitae, mixtaeque vivo etiam testatore. Momentosa sunt verba illa Pauli, *si in hoc fiant, ut testamento pareatur*. Arbitrariae conditionis est illud itidem proprium, ut ab eo impleatur, qui eam testamento insertam sciat, *nam si facto fecerit*, (scite Ulp. in *L.* 2. *eod.*) *non videtur obtemperasse voluntati*. De tempore, quod inter mortem testatoris, & mortem heredis, legatariive intercedit, id unum monere sat est, posse eo tempore cujusvis generis conditiones impleri. Sed arbitrariae ab aliis hoc differunt, quod implendae sunt, quanto citius possunt, si legatis, fideicommissisve adscribantur, *L. haec conditio* 29. *de cond. & dem.*, namque institutioni adscriptae, quum heres voluerit, implentur, *L.* 4. *in fine*, & *L.* 5. *de her. inst.*, & *L. ult. de cond. inst.*, nisi heres moras nectat, & urgeant creditores: quo casu certum tempus praestituit Praetor, eoque exacto, quasi defecta conditione, hereditas vacat, *L. si quis instituatur* 23. §. 1. *de her. inst.* Cum herede benignius agitur, quam cum legatario fideicommissariove; subit enim ille onera omnia hereditatis.

CA-

CAPUT VIII.

CONDITIONIS IMPLENDAE MODUS.

INstitutionibus, legatis, fideicommissisve plures quandoque apponuntur conditiones. Regula autem est, si *conjunctim* apponuntur, *omnibus parendum esse, quia unius loco habentur: si disjunctim, cuilibet, L. si heredi 5. D. de cond. inst.* Potest tamen facere conjectura voluntatis, ut conditiones disjunctim adscriptae pro conjunctim adscriptis accipiantur: quo pertinet Graeca Imp. Justiniani constitutio in *L. generaliter 6. C. de inst. & subst.* Verba sunt, *Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, ut edicat, si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, aut sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: & ipse vel ipsa liberos sustulerit, sive nuptias contraxerit, sive testamentum fecerit; firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni. Si enim nihil ex his fuerit, subsequutum; tunc valere conditionem, & res secundum verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis, vel restitutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit: propter hujusmodi verborum angustias liberos ejus omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis alius deviet, hujusmodi facimus sanctionem; & hanc Legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus, quam liberis gratam; quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneae sint, de quibus hujusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur.* In hunc Justiniani locum videndus A. Faber *Lib. 17. Conject. cap. 18.*

Possunt plures conditiones institutioni, legato, fideicommissove adscribi, neque conjunctim, neque disjunctim, veluti si cui in una testamenti parte sub una conditione, in altera sub altera conditione eadem hereditas, hereditatisve pars, aut idem legatum relinquatur. Et videtur discrimen intercedere inter legatum, & hereditatem. De hereditate Florentinus in *L. si plures 17. D. de cond. inst., Si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint: conditio, quae prior extiterit, occupabit institutionem.* Contra de legato Modestinus in *L. sub diversis 51. de condit., & dem., Sub diversis conditionibus disjunctim positis liber esse jussus, eam conditionem eligere potest, quae sibi levior esse videbitur: legato vero eo modo relicto, legatarium novissimae conditioni parere oportet.* Huc etiam pertinet illud Valentis in *L. quod traditum 87. eod. In legatis novissimam, in libertatibus levissimam conditionem spectandam esse.* Ratio differentiae ex eo petenda est, quod testatoris maxime interest heredem habere. Quod in libertatibus levior conditio spectetur, facit id favor libertatis. In caeteris legatis, fideicommissisve, videtur testator, quum posteriorem conditionem adscribit, velle priorem mutare. Haec vera sunt, si eadem sit pars hereditatis, eademque res, quae legatur; nam si sub diversis conditionibus diversae hereditatis partes, aut diversa legata relinquantur, juris ratio dictat, quo partes omnes, aut legata omnia adquirantur, omnes impleri oportere; & recte Florentinus in *cit. L. 17.* ait *ex eadem parte.*

Ubi

Ubi una conditio adscribitur testamento, interest, num in faciendo consistat, an in dando. In dando consistens dividua est: individua vero quae consistit in faciendo: unde legato duobus fundo sub conditione dandi decem, si unus eorum dederit quinque, fundi partem recte petet, *L. tales* 112. §. 2. *de cond. & dem.*: legato autem fundo sub conditione monumenti faciendi, conditionem *non posse, nisi in omnibus simul personis existere* scribit Pomp. in *cit. L.* 112. *pr.* Illud habere dubitationem inquit Ulp. in *L. si ita* 13. *de man. test.*, *an altero faciente satisfactum voluntati videatur: & id magis esse, nisi aliud expressit testator*, eum tamen, qui fecit, sibi conditionem implere, alteri non: quinimo huic *extingui conditionem*, *cui amplius parere non potest, quum semel expleta sit*. Successit nova Justiniani Constitutio in *L. pen. C. de cond. inst.*, ubi dubitationis ab Ulpiano propositae mentio est: Justinianus ibi dubitationem ab Ulpiano propositam, & quod a Pomponio de conditione faciendi scriptum est, tollit, jubetque, eum, qui perfecit, quod erat positum in conditione, solidum legatum capere, socio excluso. Igitur post constitutionem Justiniani haec una reliqua est differentia inter conditionem, quae in dando, & conditionem, quae in faciendo consistit, quod quum haec individua sit, pars facti non potest praestari, nec videtur fecisse qui non perfecit: illa autem recte potest impleri pro parte. Vide Cujacium *in tit. C. de cond. inst.* Porro conditio in faciendo consistens impleri per alium non potest: recte autem potest ea, quae consistit in dando, *L. ult. de cond. inst.* cui consequens est, hanc posse a moriente impleri, non illam, quae proinde, herede, vel legatario animam agente, deficere intelligitur. Huc spectat species, quam tractat Papinianus in *cit. L. ult.* Testator filium scripsit heredem sub conditione, *si Alexandriam ierit*; substituitque nepotes ex eo. Num impleta conditione nepotes ad hereditatem admitti ex substitutione? Papinianus ait *vivo filio*, quia hic animam agens, licet non dum mortuus, ire Alexandriam amplius non potest: quum tamen si conditio consisteret in dando, recte potest nomine filii per alium impleri, adeoque filio animam agente penderet. Quid est autem momenti positum in hac re? Ecquis erit differentiae istius effectus? Dicam paucis. Deficiente vivo adhuc filio conditione, nepotes in ejus potestate positi hereditatem, ad quam ex substitutione admittebantur, ipsi filio animam agenti, adquirebant: hicque eam ut aditam transmittebat ad suos heredes. *Vide Duarenum in Tit D. de cond. inst. cap.* 6. Jure novo, quo adventitii peculii proprietas non transit in patrem, propositae differentiae vix ullus est usus. Jam quod dictum est conditionem in faciendo consistentem impleri per alium non posse, verum meo judicio est, si tale sit factum, ut ipsius personae operam requirat; quale est Alexandriam ire: quo exemplo utitur in *cit L. ult.* Papinianus. Caeterum si tale sit factum, ut non ipsius personae operam requirat, quale est monumentum extruere, recte videtur per se facere, qui per alium facit, excepto si conditio factum contineat, quod ad ipsius personae artificium spectet; tunc enim videtur testator personae heredis, legatariive operam elegisse. Jam conditio in faciendo consistens rursus interest, num per affirmationem, an per negationem exprimatur. Per affirmationem expressa etiam ante aditam hereditatem impleri

 pleri

pleri de facto potest, quamvis jure inutilis sit effectus, per quem impletur. *Si quis*, inquit Labeo in *L. mulier* 20. §. 1. *de cond. inst.*, *hereditarium servum jussus est manumittere, & heres esse: quamvis si manumiserit, nihil agat: tamen heres erit: verum est enim, eum manumisisse, sed post aditionem libertas servo data, secundum voluntatem testatoris convalescit.* Expressa per negationem videretur impleri non posse, dum heres vivit: sed utilitatis caussa inductum est, ut impleretur per cautionem, quae a Q. Mutio ejus auctore *Mutianae* nomen accepit: & non solum in legatis, sed etiam in hereditatibus admissa est, *L. mucianae* 7. *pr. de cond. & demonst.* Atque hic explicandus est Ulp. locus sane difficilis in *L. si qui* 4. §. 1. *de cond. inst.*, *Idem Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi, implere conditionem: caeterum, si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri: quae sententia vera est.* Id luculentius exponit ipse idem Ulpianus in *cit. L.* 7. §. 1. *de cond. & dem.* his verbis, Si *uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: si dotem, quam ei promisit, neque petierit, neque exegerit: denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto facere dotem, vel cavere: & ita adire posse hereditatem, sed si ex asse sit institutus maritus sub ea conditione, quoniam non est, cui caveat, non impediri eum, quo minus adeat hereditatem: nam jure ipso videtur impleta conditio, eo quod non est, quem possit de dote convenire, ipse adeundo hereditatem*: ex quibus novissimis verbis Nostri colligunt, pro facto haberi quod fieri non potest. Difficile autem captu est, quod Ulpianus in *cit. L.* 4. scribit heredem ex asse sub *impossibili conditione institutum videri*: quod ipse sui interpres scribit in *cit. L.* 7., ideo impossibilem esse, *quoniam non est, cui caveat*; nonne enim scriptum est apud Gajum in *L. is cui* 18. *de cond. & dem.*, eum, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, mutiana cautione cavere debere ei, *ad quem jure civili deficiente conditione legatum, vel hereditas pertinere potest?* Ergo si coheredi cavetur, cur non itidem cavendum est legitimis heredibus, quorum itidem interest non impleri conditionem. Mitto quae ab antiquioribus scripta sunt in locos istos juris, (ea collegit omnia A. Faber *Lib. 2. conject. cap.* 16.) nam vix est, ut possint cuiquam probari. Quae J. Cujacio, & A. Fabro in mentem venerunt, expendamus. Cujacius *Lib. 5. Obs. cap* 2. scribit, Mucianae cautioni locum esse in iis conditionibus, quae morte heredis, legatariive, cui adscribuntur, essent implendae, veluti si cui relinquatur hereditas, aut legatum sub conditione, *si in Capitolum non adscenderit*; non item in iis, quae alterius, quam heredis legatariive morte possunt impleri, herede, aut legatario vivo, ut in specie Ulpiani in *cit. L.* 4. §. 1.; potest enim ibi servus vivo herede mori: quo casu impletur vivo herede conditio non alienandi: Cujacianam conjecturam confirmat idem Julianus, cujus auctoritate Ulpianus utitur. *Hoc genus legati*, inquit in *L. hoc genus* 106. *de cond. & dem.*, *Si Titio non nupserit, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset: & ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest.* Eam multo luculentius confirmat Papinianus in *L. quum tale* 72. §. 2. *eod.* his verbis, *Titius heredem institutum rogavit post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita* (est haec cu-

cujus meminit Papinianus, cautio de servando legato, fideicommissove, suisque diebus restituendo) *Mucianae cautionis exemplum ante constitutionem remissae cautionis* (h. e. antequam placuisset D. Marco, cujus constitutio est in *L. 2. C. ut in poss. leg.*, ut testatori liceret cautionem illam remittere) *locum habere non potuit*. Addit continuo rationem, quae eadem ipsa est, qua Cujacius movetur, *Quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit*. At vero Faber *loc. cit.* subtiliter animadvertit, si id verum esset, Idem jus futurum de herede scripto ex asse, ac de herede, cui datus est coheres, nam dato etiam coherede, alterius, quam ejus, cui relictum est, morte impleri conditio posset: proinde Mucianae cautioni locus non esset. Et Ulp. tamen in *cit. L. 4. §. 1.* coheredi cavendum inquit, sicque implendam conditionem non alienandi: tum non eleganter dici posse putat, heredem ex asse scriptum sub conditione, si servum hereditarium non alienaverit, ideo videri sub impossibili conditione institutum, quod quum implere conditionem debeat ante aditam hereditatem, non potest tamen eam, nisi post aditam hereditatem, implere; porro debere heredem ante aditam hereditatem implere conditionem, ipsa conditionis natura demonstrari Faber ait, namque institutioni frustra adjiceretur, si ea non impleta adiri ex institutione hereditas posset: eum autem non posse conditionem implere ante aditam hereditatem, ex eo intelligi, quod non dum adita hereditate alienare servum non possit. Postremo rationem, cur in *cit. L. 4. §. 1. de cond. inst.* Mucianae cautioni locus non sit, petendam omnino ait ex voluntate testatoris, *quae* (ipsius Fabri verba adscribam) *in proposito casu* talis fuit, ut heres post aditam hereditatem conditioni satisfaceret, cui scilicet ante satisfacere nequeat, haec vero praepostera conditionis natura est. Utrumque enim testator voluit, & heredem prius heredem non esse, quam conditionem implevisset, & conditionem prius non impleri, quam adita hereditas esset: quae quum porsus contraria & pugnantia sint, in dubio melius est ut hereditas adeatur, & conditio tanquam impossibilis rejiciatur: impossibilis enim est, quae ante aditam hereditatem impleri non potest. Quod si heres ita institutus coheredem habeat, conditio haec impossibilis non est, quoniam utrique testatoris voluntati recte satisfieri potest, ut nimirum hereditas ab eo, qui pure scriptus est, adeatur, tum conditio ab altero impleatur. Neque enim, quod ad testatoris voluntatem pertinet, quicquam interest, uter prius heres sit, ut conditio impleatur, si modo aliquis testamentarius heres sit. At quia testamentarium heredem habere omnimodo voluit, ob idque talem conditionem adscripsit, quae non nisi post aditam hereditatem impleri possit, dicimus voluntatem ipsius non fuisse, ut deficiente conditione legitimi heredes admitterentur, atque ideo nulla ratio est, cur iis cautio praestetur. Coheredis alia ratio est, ad quem ex voluntate testatoris deficiente conditione hereditas pertinet; ut postquam in eo testatori satisfactum est, quod ex testamento heredem habet, in eo etiam satisfiat, ut servus hereditarius non *alienetur*. Fabriana ista subtilia quidem sunt, & in speciem pulchra; sed vix est ut consistant. Cujaciana illa omnino vera sunt, utpote quae recte confirmantur verbis Juliani in *cit. L. 106. de cond. & dem.*, multoque rectius verbis Papiniani in *cit. L. 72. §. 2. eod.* Non diffiteor tamen, perquam diffici-

le esse Fabianum obicem amovere. Igitur, quid restat aliud, quam ut descendamus in sententiam Imolae, quam ex recentioribus sequitur Bachovius in *Treutler. vol. 2. disp. 13. lit. G.* solis coheredibus, substitutis, fideicommissariisve universalibus Mucianam cautionem praestari, non item iis, quibus hereditas ab intestato defertur? Neque obstant superius adscripta Caji verba in *cit. L. is cui 18.* ei cavendum, *ad quem jure civili, deficiente conditione, legatum, vel hereditas pertinere potest*; nam non absurde accipi de eo possunt, ad quem res est perventura judicio testatoris. Nec deest ratio cur de legitimis heredibus aliud jus esse debeat, quam de coheredibus, substitutis, fideicommissariisve. Hi tempore cautionis certi sunt; illi prorsus incerti; nec si praestetur cautio iis, quorum eo tempore melior caussa esset, ea posset aliis prodesse, qui tempore non existentis conditionis potiorem locum, proximioremve gradum obtinerent. Quod autem ab Justiniano constitutum est in *Novel. 22. cap. 24.*; conjugem sub conditione non transeundi ad secundas nuptias ex alse scriptum a conjuge heredem legitimis etiam heredibus cavere oportere, id vel novissimum jus est, quo juri Pandectarum derogatur, vel, salvo adhuc eo jure, non est producendum ad alios casus.

Mucianae cautioni in ultimis tantum voluntatibus, non item in contractibus est locus. Contractibus, si arbitraria conditio adponatur in non faciendo consistens, mortuo demum eo, qui sub illa conditione creditor, aut debitor factus est, committitur conditio, quia tunc demum esse certum coepit alterutrum facere non posse, *L. ita stipulatus 115. §. 1. de V. O.* Itaque heredi, vel in heredem actio datur. Discriminis rationem vulgo hanc afferunt, quod ultimas voluntates aequius interpretamur. Accedit illud, quod in contractibus jam inde ab initio nobis adquiritur obligatio, licet petitio conferatur in tempus, quo tandem existit conditio, *L. 26. de stip. serv.*

Jam conditionum omnium sive testamento, sive contractibus adscriptarum, illud est proprium, ut impleri eas oporteat *in forma specifica* (verbo utar apud Nostros usitatissimo) h. e. eo prorsus modo, qui praescriptus, est, verbis conditionum naturaliter, non civiliter acceptis, *L. qui heredi 44. & L. Maevius 55. de cond. & dem., & L. heredibus 77. §. 1. ad Trebel.*; unde & illud consequitur, quod jam multo sermone percrebuit eas impleri non posse per aequipollens. Sed ejus voluntas, qui conditionem adscripsit, verbis esse potior debet, *L. in conditionibus 19. D. de cond. & dem.* Exempla sunt in *L. mulier 22. ad Trebel.*, *& in L. si mater 3. C. de inst. & subst. sub condit. fact.* Rem praeclare illustrat Fr. Duarenus in *Tit. D. de cond. inst. cap. 5.*

Novissime sciendum est, si non stetit per eum, qui implere debet conditionem, quominus impleverit, conditionem haberi pro impleta: id autem verum esse, si aut per eum stetit, qui legatum fideicommissumve debebat, *L. Julius 81. in fine de cond. & dem.*, aut per eum, in cujus personam collata conditio erat, *L. 3.*, *& L. mulier 20. pr. de cond. inst.*, *& L. Titius 14. de cond. & dem.* Quod si alia de caussa non potuit implere, conditio dicitur, perinde ac si noluerit, defecisse, *L. in testamento 31. pr. de cond. & dem.*

CA-

C A P U T IX.

CONDITIONIS RETROTRACTIO.

Retrotrahi dicitur conditio ad initium, h. e. ad tempus rei gestae recurrens: vis autem retrotractionis in eo est posita, ut quum conditio extitit post tempus rei gestae, res perinde habeatur, quasi si illa ab initio extitisset, aut quasi res esset pure gesta, *L. potior* 11. §. 1. *D. qui potior. in pign.* Sed non omnes conditiones, neque in omnibus negotiis retrotrahuntur. Fortuitas mixtasve in contractibus semper retrotrahi, exploratissimum est: quo fit, ut *si sub conditione hypotheca data* sit, qua *pendente alius credidit pure, & accipit eandem hypothecam*: deinde prioris existat *conditio, potior sit* is, qui primum credidit sub conditione, *cit. L.* 11. §. 1. *Ex diverso* non retrotrahuntur conditiones in arbitrium collatae: proinde in iis tempus spectatur, quo extiterunt, *L. pen. D. quae res pign.*, *L. qui balneum* 9. §. 1., & *cit. L.* 11. §. 2. *D. qui potior.*; debent enim sibi imputare, qui conditiones implere poterant suo arbitratu, nec impleverunt.

In hereditatibus cujusvis generis conditiones, vel ipsae arbitrariae retrotrahuntur ad tempus mortis testatoris, quocunque tandem tempore hereditas adeatur, *L. heres* 54. *de hered.*: cujus rei petenda ex eo est ratio, quod heredias dari ex die, aut ad diem non potest; *L. hereditas* 34. *de hered. inst.*: qua de re vide interpretes Institutionum in §. *heres pure Lib. II. eod.*

In legatis fideicommissisve sub conditione datis retrotractioni locum non esse communis sententia fert. Innititur ea quum multis locis juris, tum maxime Ulpiani loco in *L. si post diem.* 5. *D. quando dies leg.* Scribit Ulpianus §. 1., *Si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit*: tum §. 2., *sed si*, ait „ *sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta, ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.* Diem cedere est nasci obligationem, seu rem incipere deberi, *L.* 213. *de V. S.*: legatum igitur sub conditione relictum non ante deberi incipit, quam extiterit conditio. Id argumento est plane maximo, conditionem legato adscriptam non retrotrahi: unde consequitur, legatum sub conditione ei datum, qui alieni juris erat, ipsi legatario adquiri, si tempore existentis conditionis sui juris sit: datum autem ei, qui sui juris erat, tum quo tempore existit conditio sub patria, aut dominica potestate est, patri, aut domino adquiri, *L.* 5. §. *ult.*, & *L. si ususfruct.* 14. *in fin. D. quando dies leg.*, *L. si uxorem* 5. *C. de cond. insert.* De ratione discriminis satagunt interpretes. V. Averanium *Lib. III. interpret. jur. cap.* 9. *n.* 8. 9. & 10.

COM-

COMMENTARII

PARS II.

DE MODIS.

AD conditiones videntur accedere modi; namque hi aeque ut illae futurum tempus respiciunt: unde in multis locis juris, qui proprie modi sunt, *conditiones* dicuntur, *L. liberto* §. *Lucius de an. leg.*, *L. Maevia de manumis. test.*, & *L. Titio* §. 1. *de cond. & dem.*: vere tamen inter modum & conditionem magna differentia est. Quod vulgo ajunt, particulam *Si* facere conditionem, particulam *Ut* modum facere, id quidem plerumque est verum, & non obscure colligitur ex *L. demonstratio* 17. §. *ult.*, & *L. eas* 80. *eod.*; sed non in hoc vere posita est differentia. Haec in eo est posita, quod conditio suspendit, non item modus: quo fit, ut legatarius sub conditione non ante legatum adquirat, quam existat conditio, legatarius autem sub modo legatum statim adquirat, modum deinde impleturus, nisi quod ejus rei gratia cavere debet heredi, *cit L. eas* 80.

Doctrinae gratia est hoc loco animadvertendum, quandoque *modum* poni pro caussa, ut in *L. ult. de her. inst.*, & contra *caussam* pro modo: proprie tamen modum esse caussam legandi futuram, ut in hac formula, *Lego Gajo fundum*, ut *Sejae praebeat alimenta*: caussam proprie esse caussam legandi praeteritam, ut in hac formula, *Lego Gajo fundum, quia praebuit alimenta Sejae*. *V. Cujac.* in *L. quum tale* 72. §. *falsum* 6. *de condit. & dem.*

Quod de impossibili, falsave conditione dictum est, idem de modo impossibili, aut falso dicendum est. *V. Cujacium loc. cit.*

Quandoque conditio resolvitur in modum, ut apud Julianum in *L. haec scriptura* 26. *de cond. & dem.*, *Si heres scriptus erit sub conditione si juraverit, se decem daturum, aut monumentum facturum, quamvis verbis edicti ad hereditatem, vel legatum admittatur, tamen compellitur facere id, quod facturum se jurare jussus est, solo jurejurando remisso*. Vides conditionem resolvi in modum, quasi ille scriptus sit heres, ut decem daret, aut faceret monumentum.

Cui legatum, fideicommissumve relictum est, ut aliquid faciat, is cavere de modo implendo debet heredi, etiamsi hujus nihil intersit, quia boni viri officio continetur voluntatem defuncti, cujus est heres, tueri. Nisi caverit, negandam ei actionem, Nerva & Atilicinus putarunt: quod item placuit Valenti in *L. si tibi* 19. *de leg.* 3., in quam *Vid. commentarium Cujacii*.

Olim iis, quibus sub modo relinquebatur, modum impleri cogi extra ordinem poterant, non proposita ab eo actione, cujus gratia fuerit adscriptus, *L. si cui* 92. *de cond. & dem.* Et vero modus legati legatum, fidei-

com-

commissumve non facit, nam quod ad eum pervenit, cujus gratia adscriptus est modus, *non testamenti nomine, sed mortis caussa capitur*, *L. Maevius 55. de cond. & dem.* De hac re multa Cujacius in *cit. L. si tibi 19.* Verum hodie videtur is posse agere quasi ex fideicommisso, *L. 2. C. de his quae sub modo*.

Si possit modus ita, uti a testatore praescriptus est, impleri, omnino ita est implendus: si ita non possit, alia ejus implendi ratio quaerenda est, quae ad voluntatem testatoris quam proxime accedat. Vide *L. in testamento 27. de cond. & dem.*, & *L. legatum 16. de usu & usufr. leg.*

COMMENTARII

PARS III.

DE DEMONSTRATIONIBUS.

Expendendus est hic Marciani locus in *L. falsa demonstratio 33. de cond. & dem.* Ait is, *Falsa demonstratio neque legatario, neque fideicommissario nocet. neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem* (subaudi, qui, quaeve, nec frater, nec soror erat), *vel quodlibet tale*. Florentini Pandectae habent, *vel quodlibet aliud*: veluti, ut exemplo utar Gaji in *L. 17. §. 1. h. t.*, *si quis leget Stichum coquum, Stichum sutorem*, qui neque coquus erat, neque sutor. Pergit Marcianus, *Hoc ita juris civilis ratione, & constitutionibus Severi & Antonini cautum est*. Constitutiones illae, quarum meminit Marcianus, aetatem non tulerunt. Quid autem caussae est, cur Marcianus a jure civili separet Constitutiones, quasi hae non sint, uti certe sunt, pars juris civilis? Jus civile constitutionibus oppositum, jus est in conventu Jurisconsultorum inductum per interpretationem quod dicebatur jus *veniens sine scripto*, & communi nomine *jus civile*, *L. 2. §. 5. de orig. jur.*; id autem, quo sanctius esset, non raro Constitutionibus Imperatorum confirmabatur. *Vid. a me dicta de hac re in Hist. jur.* Demum scribit Marcianus, *Sed si controversia sit de nomine inter plures*, (puta si duo sint Titii, & testator ad designationem nominis singulari nomine utatur, quam speciem tractant Modestinus in *L. 62. §. 1. de her. inst.*, & Paulus in *L. 8. §. 3. de leg. 2.*) *qui probaverit, sensisse de se defunctum; ille admittetur*. At quales esse debent ejus rei probationes? *Apertissimas* reposcit Modestinus in *cit. L. 62.* Subobscuris conjecturis non est locus. Si apertissime probationes deficiant, non legatum, non fideicommissum, non institutio valebit, *cit. L. 62.* Sententiae, quam ex Marciano proposui rationem hanc adfert Florentinus in *L. si nominatim §. 4. h. t.* his verbis, *nam demonstratio vice nominis fungitur*. Et vero quid interest, rem nomine, an alia quavis nota demonstres? Florentino exploratius visum fuit, falsum nomen non obesse legato, aut institutioni, quam non obesse falsam demonstrationem; proinde quod falsum nomen non obesset, ex eo conlicit

ten

non itidem obesse falsam demonstrationem, quae vice nominis fungitur. Et sane de falso nomine extat Gordiani rescriptum in *L. 4. C. de testam*, *In nomine, vel praenomine, seu cognomine, seu adgnomine si testator erraverit, error hujusmodi nihil officit veritati*. Florentini ratio subobscura est. Vera & luculentissima ratio, cur nec falsum nomen, nec falsa demonstratio noceat, ea videtur, quam tradit Vlpianus in *L. ex facto 35. de her. inst.*, *In testamentis totum facit voluntas defuncti*. Legata, & hereditates argumenta sunt amoris, & honoris, unde heredes, & legatarii multis locis juris, quae congessit Gul. Fornerius *Select. Lib. 1. cap. 19.*, dicuntur *amici*, & *honorati*. Quis est autem, qui nesciat, quod eleganter, & vere Vlpianus scribit in *L. 9. D. pro socio*, *hereditatem, vel legatum ob meritum aliquod accedere*? Ecquis est, cui verisimile videatur, testatorem meriti loco habuisse nudum heredis, legatariive nomen, aliamve notam extrinsecus accedentem?

Atque hic occurrit obscurissimus Pauli locus in *L. Titius 25. §. 1.*, *de lib. & post.*, ad quem frustra accesserunt interpretes, & in quo explicando animum despondit vel ipse audacissimus A. Faber, quum libros scribebat *Conjecturarum*: & tamen adhibita ea juris definitione, falsam demonstrationem institutioni non obesse, quam tum ipse Faber adhibuit Libros scribens *De erroribus Pragmaticorum*, facile explicabitur. Lucius Titius neptem habens ex filia praegnantem *suprema sua ordinavit*, uti elegantissime Paulus, id est, suum condidit testamentum. Lucius Titius in urbe, neptis ruri agebat. Eodem die, sed non eadem hora fecit avus testamentum, & fuit neptis masculum enixa. Enixa haec fuit *celo albescente*, inquit Paulus; fecit ille testamentum *hora diei sexta*, h. e. meridie, de qua temporis computatione pulchre Fabrotus *in Exercitatione De tempore humani partus*. Quo igitur tempore testamentum condebatur, partus jam erat ruri editus ex nepte: at vero id in urbe ignorans *L. Titius heredem scripsit, quod neptis in utero haberet*, & defunctus est. Quaesitum fuit de vi institutionis. Dubitabundus Paulus respondit, *institutionem jure factam videri*. Ecquid difficultatis ea species habebat? Ecquid in ea institutione inesse poterat vitii? Si nostris hisce temporibus eadem species incideret, certe nihil vitii inesset. Postumos etiam alienos, h. e., qui non nascuntur sui, scribi heredes permisit nova Imp. Justiniani Constitutio, quam Codici repetitae praelectionis certe insertam imperiti librarii, quod esset Graece scripta, omiserunt, quamque meminit Tribonianus in §. 27. *Inst. de leg.* At aevo tamen Pauli eos scribi heredes civile jus non patiebatur, teste vel ipso Triboniano, *pr. tit. Inst. de bon. poss.*: nec alio, quam ad civile jus referri potest, quod inquit Paulus, *institutionem jure factam videri*. Scio, alienum posthumum a Praetore admissum ad bonorum possessionem secundum tabulas, *cit. pr. Inst.*: sed de jure civili Paulum disputare, ne ambigas. *Vid. Averan. Interpret. jur. Lib. 5. cap. 18. n. 2. & 7.* Nunc quis non videt, quam difficile sit Paulum intelligere respondentem, *institutionem jure factam videri*? In specie Pauli postumus erat omnino alienus, tanquam filius neptis ex filia: proinde eum institui heredem Leges vetabant. Longum esset interpretum commenta in medium afferre. Igitur adhibita praeeunte A. Fabro, cui me comitem addo, ea juris definitione falsam demonstrationem

tionem non nocere institutioni, salva res est. Neptis albescente coelo fuerat masculum enixa. Testamentum conditum est hora diei sexta. Ergo tempore testamenti pronepos non erat postumus: erat ante horas aliquot natus. Ergo Leges de non instituendis postumis alienis prorsus cessabant. Id unum aliquid habebat difficultatis, quod testator neptem putans adhuc praegnantem, testamento heredem scripserat non pronepotem jam natum, sed *quod neptis in utero haberet*. Id vero quid est aliud, nisi falsa demonstratio? At falsam demonstrationem non nocere institutioni docet Marcianus *cit. loc.*

Quod de falsa demonstratione legatarii tradit Marcianus, idem jus est de falsa quavis demonstratione ipsius rei, quae legatur. Sexcenta sunt loca juris, quibus id expresse cavetur. Seligam locum unum, ad quem emendatrices manus (& certe est de mendo suspectus) interpretes admoverunt. Est is Vlpiani in *L.* 1. §. *ult. D. de dot. praeleg.* Maritus uxori legavit fundum *Titianum* adjecta ea demonstratione, *is enim fundus propter illam ad me pervenit*. At falsa erat ea demonstratio. Fundus ille ad virum pervenerat non *propter uxorem*. Et tamen eum *omnimodo deberi* Vlpianus respondit: & secundum ea, quae dicta sunt, rectissime. Rationem subjecit in haec verba, *Nam quidquid demonstratae rei additur satis demonstratae frustra est*. Sensus est, rem legatam satis fuisse demonstratam, etiam non addita altera ea nota, *is enim fundus propter illam ad me pervenit*, forte quia alius non erat in hereditate viri fundus, qui diceretur *Titianus*, qualem fundum maritus legaverat: proinde alteram illam ejusdem fundi notam supervacuam esse. At quid monstri est illud, *Quidquid demonstratae rei additur satis demonstratae*. Jam dixerat Ulpianus, *quidquid demonstratae rei additur*. Quorsum igitur repetitio illa Tò *demonstratae*? Et tamen sic habet Codex Florentinus magnae aetatis, & fidei liber. Locum istum Vlpiani Haloander, aliique varie emendant, nemo ex alicujus antiqui codicis fide: omnes ex conjectura. Certe aliqua insedit macula verbis Vlpiani: sed unus eam videtur mihi eluisse A. Schultingius in ejus Jurisconsulti *Fragmenta Tit.* 24. §. 19. Is verecunda emendatiuncula, quo primum loco nunc legitur *demonstratae*, legit *demonstrandae*. Sed est hic amovendus obex, quem Schultingius non praesensit. Si legamus, ut ipse mavult, *Quidquid demonstrandae rei additur satis demonstratae*, Tò *demonstrandae rei* quis casus erit? aut a quo verbo pendebit? & qui poterunt cohaerere Tò *demonstrandae*, quod futurum, ac Tò *demonstratae*, quod tempus praeteritum spectat? Videte, quid mihi ad emendationem Schultingii adstruendam venerit in mentem. Tò *demonstrandae rei* scriptum puto more Graecorum: & accipio quasi scriptum, *demonstrandae rei gratia*. Et ecce quam bene constet oratio Vlpiani. *Frustra est, quod demonstrandae rei gratia additur rei satis demonstratae*. Exempla bene multa istius graecismi deprehendit in libris veterum Jurisconsultorum vir Graece & Latine doctissimus A. Augustinus, congessitque in *Caput* 1. *Lib. II. emendat.*, quibus *exemplum*, quod ego nunc deprehendo, addatis velim periculo meo.

Obstare videtur Papiniani locus in *L. quum tale* 72. §. 8. *D. de cond. & dem.*, *Falsam legati demonstrationem non facere legatum, Sabinus respon-*dit. Si legatum non facit, legato nocet. Sed diversa sunt *non facere lega-*

tum, & *non vitiare legatum*. Id clare patet ex ipsis Papiniani verbis, quae sequuntur, *veluti si quis quum Titio nihil legasset, ita scriptum reliquit: ex centum, quae Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato: idque sumpsit* (subaudi *Sabinus*) *ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed diminuendi legatum, quod falso datum existimaret; ita scriberet, propter falsam tamen demonstrationem legati, non plus Sejus adsequetur, quam si vere demonstratum fuisset.* Igitur Sejo debentur quinquaginta ex centum, quae Titio legata falso putabantur: sicque falsa demonstratio non facit legatum, h. e. non facit, ut Titio relictum legatum intelligatur, sed non nocet legato relicto Sejo.

Scite autem monet Cujacius in *cit.* §. 8. duplicem esse demonstrationem, alteram necessariam, quae legatum ostendit: alteram, quae abundat, nec necessario adjicitur rei, de qua satis constat: hanc non vitiare legatum: illam vitiare, si falsa & nulla sit, quia magis est status & caussa legati principalis, quam simplex demonstratio, seu simplex accessio rei. Igitur si legavi Titio decem, quae ei debeo, Titio decem debentur, quamvis ante legatum deberetur ei nihil, quia certam quantitatem Titio legavi, non obligationem quantitatis, esset enim haec obligatio, ut Cujacius loquitur, *passiva*, quam ridiculum est legari. Activa, non passiva nomina leguntur. Contra si sic legavi, Decem, quae mihi Titius debet, heres meus damnas esto Titio dare, i. e. Titio remittere, inutile legatum est, si nihil Titius debebat; quia non certam quantitatem, sed liberationem Titio legavi: ridiculum est autem non obligato homini liberationem legari. Igitur verba illa, *quae mihi Titius debet* potius continent statum, & caussam legati principalis, quam simplicem & accessoriam demonstrationem. In summa tum demum falsa demonstratio non nocet, quum res erat, etiam non apposita falsa ea nota, quam testator apposuit, jam satis demonstrata, uti Vlpianus ajebat in superius exposita *L.* 1. §. *ult. de dote praeleg.*, non quum ea tantum nota, quae falsa est, demonstratur; hoc enim casu est ea nota non simplex demonstratio, sed jus ipsum, & substantia legati. Ita si cui legavero decem, quae habeo in arca, nihil debetur, si nihil in arca sit, aut debetur minus, si minus sit in arca, quia decem, quae in arca sunt, tanquam certum corpus leguntur, ac Τὸ *quae in arca habeo* certi corporis designatio est, quin ea proprie numorum corpora, quae inibi sunt, non alia leguntur: ubi autem certum corpus, quod legatum est, aut omnino, aut ex parte in rerum natura non est, deficit omnino, aut ex parte substantia ipsa legati. Facit huc locus Africani in *L. si servus* 108. §. *qui quinque* 10. *D. de leg.* 1., *Qui quinque in arca habebat, ita legavit, vel stipulanti promisit: decem quae in arca habeo: & legatum, & stipulatio valebit, ita tamen, ut sola quinque, vel ex stipulatione, vel ex testamento debeantur, ut vero quinque, quae deerunt, ex testamento peti possint, vix ratio patietur, nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur.* Eodem spectant *L. item quod Sabinus* 17. §. *sed si ex asse, & L. ex facto* 19. *de her. inst.*

Quid si demonstratio ex parte sit falsa, ex parte autem vera? Speciem hanc tractat Javolenus in *L. heres* 100. §. *ult. de leg.* 3. *Cui testudinea legata essent, ei lectos testudineos pedibus inargentatos deberi, Labeo, Trebatius responderunt. Quod verum est.* Testudinei lecti dicuntur lecti laminis testu-

testudineis vestiti. De Pollione memoriae prodidit Plinius *Lib.* 9. *cap.* 11., eum instituisse *testudinum putamina secare in laminas*, hisque *lectos vestire*. In specie Javoleni pedes testudinei non erant, sed lignei inargentati: proinde quantum ad pedes falsa erat demonstratio: & tamen etiam pedes continentur legato; si enim demonstratio prorsus falsa legatum non vitiat, multo minus quae est ex parte falsa, vitiare legatum potest.

Interdum demonstratio ex parte est falsa, quia rem legatam diminuit testator. Persequitur hoc argumentum Pomponius in *L. scribit* 34. §. 1. & 2. *D. de aur. arg. leg.*, cujus verba sunt hic adscribenda, *Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori, quum haberet quinque pondo auri, legasset ita: aurum quodcumque uxoris caussa paratum esset, uti heres uxori daret: etiam si libra auri inde venisset, & mortis tempore amplius, quam quatuor librae, non deprehenduntur: in totis quinque libris heredem esse obligatum, quoniam articulus Est praesentis temporis demonstrationem in se continet: Quod ipsum, quantum ad ipsam juris obligationem pertinet, recte dicetur: id est, ut ipso jure heres sit obligatus. Verum sciendum, si in hoc alienaverit testator inde libram, quod diminuere vellet ex legato uxoris suae, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni? ut, si perseveraverit mulier in petendis quinque libris, exceptione doli mali submoveatur. Sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, non quod vellet deminuere ex legato, tunc mulieri ipso jure quinque librae auri debebuntur, nec doli mali exceptio nocebit adversus petentem. Quod si ita legasset uxori, aurum, quod ejus caussa paratum erit, tunc rectissime scribit Quintus Mucius, ut haec scriptura habeat in se demonstrationem legati, & argumentum*, (lege cum Cujacio, *deminutionem, & augumentum* (qua de re jam dictum), *ideoque ipso jure, alienata libra auri, amplius quatuor pondo non remanebunt in obligatione: nec erit utendum distinctione, qua ex causa alienaverit testator*. Sententia huc redit. Si demonstrata res fuit verbo temporis praesentis, tota debetur, qualis erat tempore testamenti, nisi ejus partem alienaverit testator animo minuendi legati: si verbo temporis futuri, quod tempore mortis reliquum est, debetur.

Sunt casus nonnulli, quibus falsa demonstratio nocet. Primus est, si certum corpus demonstretur, quod in rerum natura non est. Huc pertinet productum superius ex Africano exemplum ejus, qui quum minus, quam decem haberet in arca, decem, quae in arca habebat, legavit. Huc etiam pertinet exemplum alterum apud Gajum in *L. si ita* 65. *pr. de leg.* 1., *Si ita legatum sit: Sejo servos decem do, praeter eos decem, quos Titio legavi: si quidem decem tantum inveniantur in hereditate, inutile est legatum; si vero ampliores, post eos, quos Titius elegit, in caeteris valet legatum; sed non in ampliores, quam decem, qui legati sunt, quod si minus sunt, in tantos, quanti inveniantur*. Sunt & alia in Libris juris exempla, quae compendio studens omitto. Sed vereor, ne officio desim, si exemplum omittam falsi creditoris, qui, quum sibi nihil debeatur, alicui legat, quod sibi debetur: quae difficilis est disputatio, & praeceptore opus habet. Ait Ulpianus in *L. si sic legatum* 75. §. 1. *eod.*, *Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat: sciendum est, nullum esse legatum, & quidem, si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non*

apparet, quantum fuerit legatum: nam & si quid ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adjecta: constat, nullum esse legatum: quum si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum: ut in legato dotis Julianus respondit. Ergo interest, num certa quantitas expressa sit, nec ne. Non expressa quantitate, sive ipsi falso debitori, sive alii legatum sit, inutile est legatum, quia quantum legatum sit, non apparet. Id Vlpianus confirmat exemplo debitoris, qui non adjecta quantitate inutiliter legat creditori, ibi, *nam & si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum*: quod intelligendum est de falso creditore, perinde ac si scriptum sit, *nam etsi quod ego Titio non debeo, quasi debeam, ei legavero quantitate non adjecta*. Vero creditori etiam non adjecta quantitate recte legatur. Quod si a falso creditore certa quantitas sit expressa, videtur referre, cui sit legatum. At si quidem non ipsi falso debitori, sed alii ab eo sit legatum, nihil esse in legato, ipse idem Vlpianus inquit in *cit. L.* 75. §. 2., fortasse ea ratione, quia qui uni decem legat, quae debere sibi alium falso putat, non legat decem in genere, quae certe sunt in natura, sed decem illa, quae sibi putat deberi: haec autem in natura non sunt. Dicam clarius. Hujusmodi legato non summa ipsa continetur, sed actio adversus certum debitorem, quae actio certe nulla est. Quid si ipsi falso debitori sit legatum certa quantitate, aut specie expressa? Non expedita res est, pendetque tota ab interpretatione verborum Pauli in *L. legavi* 25. *D. de liber. leg.*, quae haec sunt, *Quod si etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est: quod si nihil debeat; poterit dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, quod comprehensum est. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: centum aureos, quos mihi debet, vel Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere. Quod si sic dixerit: heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, ut petere possit; quasi falsa demonstratione adjecta; quod mihi nequaquam placet, quum dandi verbum ad debitum se referre testator existimaverit.* Distinguit Paulus formulas duas, quibus debitori potest liberatio legari. Una est, *Centum aureos, quos mihi Titius debet, heres meus damnas esto non petere*. Altera est, *Heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare*, Priorem formulam Paulus expendens ait, *Poterit hoc dici*, i. e. quod proxime praeit, puta, si Titius nihil debeat, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, quod comprehensum est. Posteriorem expendens, tentari posse inquit, posse etiam peti, quasi falsa demonstratione adjecta: sed continuo addit, sibi id non placere, quia verbum *dandi* relatum ad debitum vim habet liberandi debitorem, *L. ult.* §. 1. *de liber. leg.* Sed quis facile intelligat, herede damnato non petere, legatum deberi; damnato autem dare, non deberi legatum? Si formularum vim spectes, multo significatius est τὸ *dare*, quam τὸ *non petere*. Ignoscendum igitur Cujacio ex conjectura, & contra fidem omnium Codicum legenti, *sed non poterit hoc dici, si ita legavit*. Ita ex sententia Cujacii sive hac, sive illa formula testator sit usus, quum legatarius nihil debet, legatur ei inutiliter. Ratio autem, cur utroque casu inutiliter legetur, ea est, quia non quantitas legatur, sed jus, quod in re-
rum

rum natura non est: quae ratio facit, ut non dubitem, quacumque formula testator leget, idem jus esse, maxime quum post constitutionem Justiniani in *L.* 1. *C. comm. de leg.* una sit legatorum natura. Nunc facile est intelligere rationem ejus, quod scriptum est apud Ulpianum in *cit. L.* 75. §. 1. *de leg.* 1., *Si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum*. Quum falsus debitor expressa certa quantitate legat creditori, non legat jus, sed certam quantitatem, quae est in rerum natura. Si quis vero est, cui Cujaciana ista emendatio displiceat (& mihi quidem vix placet), sentiat is, cum Averanio *Interpret. jur. Lib.* 1. *c.* 22. *n.* 3., Paulum propositis duabus legati formulis verbo illo, *poterit hoc dici*, itemque illo *tentari poterit* nihil affirmasse, sed tantum dixisse quod secundum vulgarem juris regulam dici posse videbatur: tum de utraque legati formula pronunciasse, *Quod mihi nequaquam placet*, nec obstare quae continuo sequuntur, *quum dandi verbum &c.*, unde videtur confici, Τὸ *quod* ad posteriorem tantum formulam referri; namque ideo Paulus addidit ea verba, quia multo plus difficultatis posterior formula habebat. Ego quod pertinet ad verba Pauli, amplius deliberandum pronuncio: quantum ad ipsam juris definitionem, utraque formula inutiliter legari non ambigo. Certe Paulus inutiliter legari ait ea formula, *damnas esto dare*, quia verbum *dandi* pro subjecta materia *liberandi* vim habet, non dominii transferendi, quae alias propria est ejus verbi significatio: verbum autem *non petere* non solum pro subjecta materia; sed sua vi sonat prorsus idem, ac *liberare*: sicque utraque formula jus legatur, quod non est in natura. In obscurissimum illum Pauli locum multa scripsit A. Faber *Conject. lib.* 5. *cap.* 2. Sed iis abstine. Textum is more suo inverecunde emendavit, ut de re ipsa seorsim ab aliis sentiret.

Secundus casus, quo falsa demonstratio dispositionem vitiat, is est, si vim habeat conditionis, i. e. si concepta sit in futurum, ut in hoc exemplo, *Stichum, qui meus erit, quum moriar, heres dato*. Ergo si tempore mortis meae Stichus meus non est, legatario quasi conditione defecto nihil debetur, *L. Stichum* 6. *de leg.* 1., & *L. nuper* 85. *de leg.* 5.

Tertius casus ex communi interpretum sententia est, si demonstratio cognationem, adfinitatemve respiciat. Vulgo laudantur in eam sententiam *L. si pater* 4., & *L. nec apud* 7. *C. de her. inst.* Sed a vulgari sententia discesserunt duo, quantum scio, interpretes juris, Pichardus in §. 31. *Inst. de leg.*, & Averanius *Interpret. jur. Lib.* 5. *c.* 19. *n.* 2. & 3., quibus subscribo. Et vero Marcianus in *cit. L. falsa* 33. *de cond. & dem.* haec affert falsae demonstrationis exempla, *veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem*: & Florentinus in *L.* 34. *eod.* nihil interesse inquit, num alicui nominatim legetur, an per demonstrationem *necessitudinis*, *vel adfinitatis*: nec interesse, *falsa, an vera* sit demonstratio. Laudatae in contrarium Leges pertinent ad falsam caussam, de qua in postrema hujus Commentarii parte, quam ecce ingredior.

COM-

COMMENTARII
PARS IV.
DE CAUSSIS.

Dixi, caussam proprie esse caussam praeteritam, ut in hoc exemplo, *Titio lego, quia negotia mea curavit.* Falsam caussam legato non obesse scribit Papinianus in *L. quum tale* 72. §. 6. *de cond.*, & *dem.* Quin de fideicommisso, & institutione idem jus sit, non dubitatur. Rationem subjicit Papinianus in haec verba, *quia ratio legandi legato non cohaeret*, h.e. quia legatum, ut quaelibet donatio, liberalitate sola constat, etiamsi nulla alia subsit caussa: proinde caussae adjectio pro supervacua est: nec solent, quae abundant, vitiare, *L. non solent* 94. *de reg. jur.* Sequitur autem apud Papinianum, *sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias non legaturus fuisse*. Hic unus est casus, quo falsa caussa vitiat legatum: proinde cavendum ab opinione Bartoli, qui duplex caussae genus adgnoscens, alterum remotae, alterum proximae, & cohaerentis legato, docet remotam, si falsa sit, non nocere legato, contra nocere proximam: hanc autem esse eam, quae, si vera esset, induceret obligationem, veluti si scriptum sit, *Titio, quia mihi aureos decem mutuos dedit, decem lego*. Cavendum, inquam, ab hac absurdissima opinione, cui quum supra scriptus Papiniani locus, tum alii non pauci apertissime obstant. Ex his unum seligo in *L. longe magis* 31. *Inst. de leg.*, ubi non nocere legato scriptum est falsam hanc caussam, *quia negotia mea curavit*: quis est autem qui ignoret, ex negotiorum gestione obligationem, actionemque nasci? *V. L. si quis absentis* 4. *de obl. & act.*, & §. 1. *Inst. de obl. quae ex quasi contract.* Igitur unus est casus, quo falsa caussa nocet, si ea fuit finalis. Rectissima est in Philosophorum, Jurisconsultorumque scholis caussae partitio *in impulsivam*, & *finalem*. Dicunt *impulsivam*, quae nos ad faciendum impellit, idem, licet ea non impelleret caussa, facturos. *Finalem* dicunt, qua una movemur, alias non facturi. Hujus illustre exemplum extat in *L. ult. de her. inst.*, in quam nonnulla contra aliorum sententiam commentatur A. Faber *De err. pragm. dec.* 39. *err.* 5. Falsa caussa, si fuit *impulsiva*, non nocet: nocet vero, si fuit finalis. Atque huc pertinent Leges 4., & 7. *C. de her. inst.*, quas male accipiunt interpretes de falsa demonstratione cognationis, quum certe accipiendae sint de falsa caussa finali. *Si pater tuus*, inquit Gordianus *in cit. L.* 4., *eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subdititius esse ostensus est, auferendam ei successionem, Divorum Severi & Antonini placitis continetur*. Subdititio filio tanquam indigno aufert fiscus successionem, *L. aufertur* 46. *pr. de jur. fisci*. Sed moribus hodiernis potiores sunt fisco qui ea institutione non facta ad successionem veni-

nirent. Jam in *cit. L.* 4. Τὸ *non instituturus* ex Latini sermonis ingenio *finalem* caussam explicat. Minus perspicua est *L.* 7., sed eodem sensu interpretanda. *Vid. Averan. Interpret. jur. Lib.* 5. 1. 19. *n.* 10. Quod autem in dubio praesumitur caussa potius *impulsiva*, quam *finalis*, ei, cujus interest non valere dispositionem, onus incumbit probandi: idque manifeste ostendunt verba illa Papiniani, *Sed doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*. Si heredi, cujus interest, non valere legatum, doli exceptio datur, is debet exceptionem probare, *L. si pactum* 9. *& L. in exceptionibus* 19. *de probat.*

INDEX CAPITUM.

DE JURE ADCRESCENDI

CAP.

DE SEPARATIONIBUS.

DE LEGATIS, ET FIDEICOMMISSIS

DE CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS.

FINIS.